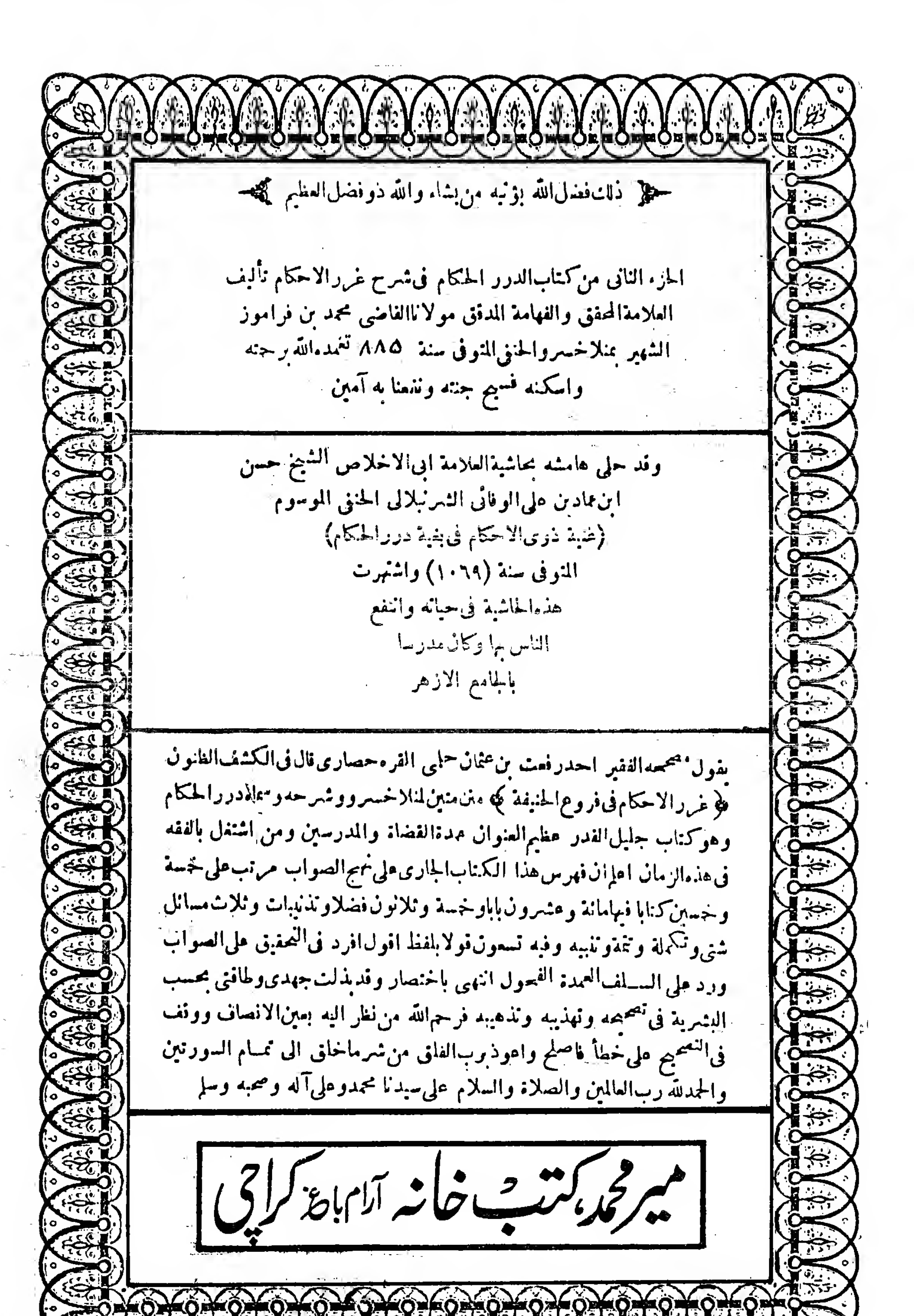


ذلك فضل الله يؤتيه من يشاء والله ذو الفضل العظيم

الجزء الثانی من كتاب الدرر الحكام فی شرح غرر الاحكام تأليف العلامة المحقق والفهامة المدقق مولانا القاضی محمد بن فراموز الشهير بمنلا خسرو الحنفی المتوفی سنة ٨٨٥ تغمده الله برحمته واسكنه فسيح جنته ونفعنا به آمين

وقد حلی هامشه بحاشية العلامة ابی الاخلاص الشيخ حسن ابن عمار بن علی الوفائی الشرنبلالی الحنفی الموسوم
(غنية ذوی الاحكام فی بغية درر الحكام)
المتوفی سنة (١٠٦٩) واشتهرت
هذه الحاشية فی حياته وانتفع
الناس بها وكان مدرسا
بالجامع الازهر

يقول مصححه الفقير احمد رفعت بن عثمان حلمی القره حصاری قال فی الكشف الظنون ﴿غرر الاحكام فی فروع الحنيفة﴾ متن متين لمنلا خسرو وشرحه وسماه درر الحكام وهو كتاب جليل القدر عظيم العنوان عمدة القضاة والمدرسين ومن اشتغل بالفقه فی هذه الزمان اعلم ان فهرس هذا الكتاب الجاری علی نهج الصواب مرتب علی خمسة وخمسين كتابا فيها مائة وعشرون بابا وخمسة وثلاثون فصلا وتذنيبات وثلاث مسائل شتی وتكملة وتتمة وتنبيه وفيه تسعون قولا بلفظ اقول افرد فی التحقيق علی الصواب ورد علی السلف العمدة الفحول انتهی باختصار وقد بذلت جهدی وطاقتی بحسب البشرية فی تصحيحه وتهذيبه وتذهيبه فرحم الله من نظر اليه بعين الانصاف ووقف فی التصحيح علی خطأ فاصلح واعوذ برب الفلق من شر ما خلق الی تمام السورتين والحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام علی سيدنا محمد وعلی آله وصحبه وسلم

میر محمد، کتب خانہ آرام باغ کراچی

ماشاء الله

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب العتاق

العتق والعتاق لغة القوة مطلقا وشرعا قوة حكمية تظهر في حق الآدمي بانقطاع حق الاغيار عنه (والاعتاق) لغة اثبات القوة مطلقا وشرعا (اثبات القوة الشرعية) التي يصير بها المعتق أهلا للشهادات والولايات قادرا على التصرف في الاغيار وعلى دفع تصرف الاغيار عن نفسه لا مطلقا بل (بازالة الملك) الذي هو ضعف حكمي كالقوة الحقيقية التي تحصل في البدن بزوال ضعف حقيقي وهو المرض (او ازالة الملك مطلقا) اى غير مقيد بكونه ملكه وحاصله جعله غير مملوك لاحد فيخرج به البيع والهبة اذ فيهما جعل مملوكه مملوكا لغيره ويلزمه اثبات القوة الشرعية وسيأتي تحقيقه ان شاء الله تعالى (ويصح) اى الاعتاق (من حر) ليكون اهلا للملك لان المملوك لا يملك وان ملك ولا عتق الا في الملك (مكلف) اى عاقل بالغ اما الاول فلان الجنون ينافي اهلية التصرف ولهذا لو قال العاقل البالغ اعتقت وانا صبي او مجنون وجنونه كان ظاهرا كان القول له لاسناده التصرف الى حالة منافية له واما الثاني فلانه اى الاعتاق ضرر ظاهر ولهذا لا يملكه الوصي والولي عليه والصبي ليس بأهل لاضرار المحض بخلاف النافع المحض والمتردد بينهما حيث يكون اهلا للاول قبل الاذن وللثاني بعده (في ملكه) حال من ضمير يصح وانما اشترط ذلك لقوله صلى الله عليه وسلم لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم (ولو بالاضافة اليه) اى ويصح الاعتاق ولو كان باضافته الى الملك كان يقول لعبد غيره ان ملكته فهو حر حيث يعتق اذا ملكه وقد مر مثله في الطلاق (بصريحه) اى بصريح الاعتاق بان كان مستعملا فيه وضعا وشرعا متعلق بيصح (بلا نية) لانها انما تشترط اذا اشتبه مراد المتكلم واذ لا اشتباه فلا نية وذلك (كانت حر او عتيق او معتق او محرر او حررتك او اعتقتك او ما انت الا حر) لان كلامه مشتمل على النفي والاثبات وهو آكد من مجرد الاثبات بدليل كلمة الشهادة

كتاب العتاق

(قوله والاعتاق شرعا اثبات القوة الشرعية) هذا التعريف على مذهبهما وعند الامام الاعتاق اثبات الفعل المفضي الى حصول العتق فلهذا يتجزأ عنده لا عندهما كما في البرهان وشرح العيني على ان المصنف رحمه الله ذكر فيما يأتي في باب عتق البعض ان هذا التعريف غير مسلم (قوله لا مطلقا) تعلقه باثبات القوة الشرعية لا يستثنى منه خروج فرد ما يقدر عليه الحر فلا يتجه نفي الاطلاق وقوله بل بازالة الملك لا وجه للاضراب على ما سبق (قوله بازالة الملك الذي هو ضعف حكمي) فيه نظر لان الضعف الحكمي انما هو الرق الذي هو سبب للملك على انه ذكره في عتق البعض بقوله واثباتها اى القوة الحكمية بازالة ضدها الذي هو الرق (قوله وازالة الملك) ذكره شرحا وتوطئة لقوله مطلقا والا فهو مستغنى عنه بقوله قبله بازالة الملك (قوله اى غير مقيد بكونه) ملكه بفتح الميم وتشديد اللام وفتح الكاف (قوله ويلزمه) اى يلزم ازالة الملك مطلقا اثبات القوة الشرعية (قوله حيث يكون اهلا للاول قبل الاذن الخ) المراد بالاول النافع المحض كالهبة وبالثاني المتردد كالبيع (قوله او اعتقتك) كذا اعتقك الله على الاصح والعتاق عليك وعتقك علي ولو زاد واجب لم يعتق لجواز وجوبه بكفارة او نذر كما في الفتح (قوله ما انت الا حر الخ) قال الكمال هذا هو الحق المفهوم من تركيب الاستثناء لغة وهو خلاف قول المشايخ في الاصول وقد بيناه في الاصول وانه لا ينافي قولهم الاستثناء التكلم بالباقي بعد الثنيا اهـ

(وبمجرد)

وبمجرد الوصف بالحرية يعتق فاذا اكده كان اولى ان يعتق (اوهذا مولاى اويامولاى) فان لفظ المولى مشترك احد معانيه المعتق وفى العبد لايليق الاهذا المعنى فيعتق بلانية (اوياحر اوياعتيق) فان لفظ الاخبار جعل انشاء فى التصرفات الشرعية دفعا للحاجة كما فى النكاح والطلاق والبيع ونحوها فان تصحيح كلام العاقل بقدر الامكان واجب ولاوجه له الا بتقديم ثبوت العتق ونحوه فى المحل ليتحقق منه هذا الاخبار فان قال اردت الكذب اوحريته من العمل صدق ديانة للاحتمال لاقضاء والنداء لاستحضار المنادى فاذا ناداه بوصف يملك انشاءه كان تحقيقا لذلك الوصف (الااذا سماه به) اى سمى عبده بالحر او العتيق فحينئذ لايعتق لان مراده الاعلام باسم علمه وهوه مالقبه به (ثم) اى بعد ماسماه به (اذانادى بالعجمية) وقال يا آزاد وقد سماه بالحر (اوعكس) بان سماه بآزاد ونادى ياحر (عتق) لانه ليس بنداء باسم علمه فيعتبر اخبارا عن الوصف (كذا) رأسك حر ونحوه مما يعبر به عن البدن) اى وجهك اورقبتك او قال لامته فرجك فان هذه الالفاظ مما يعبر به عن البدن وقدمر فى الطلاق وان اضافه الى جزء شائع كالنصف والثلث ونحوهما يقع فى ذلك الجزء وسيأتى الخلاف فيه اوراءه فى الباب الذى يلى هذا (وبقوله لعبده وهبت لك نفسك اوبعت منك نفسك عتق وان لم يقبل) العبد البيع والهبة (ولم ينو) المولى الاعتاق لان بيع نفس العبد منه اعتاق وكذلك الهبة (ولوزاد بكذا لم يعتق مالم يقبل) كذا فى الفصول العمادية (وبكناياته) عطف على بصريحه (ان نوى) ازالة للاشتباه والاحتمال (كلاملك لى عليك اولارق اولاسبيل وخرجت من ملكى وخليت سبيلك) لانه يحتمل نفى هذه الاشياء بالبيع اوالكتابة كما يحتمله بالعتق واذانواه تعين ولو قال لعبده اذهب حيث شئت اوتوجه انى شئت من بلاد الله تعالى لايعتق وان نوى لانه لايفيد زوال اليد فلايدل على العتق كما فى المكاتب كذا فى غاية البيان (وكقوله لامته قداطلقتك) بنية الاعتاق تعتق اذ يقال اطلقه من السجن اذا خلى سبيله فهو كقوله خليت سبيلك (لابطلقتك وانت طالق) لما سبق فى اوائل كتاب الطلاق ان الطلاق يقع بلفظ العتق بلا عكس فان ازالة ملك الرقبة يستلزم ازالة ملك المتعة بلاعكس (ولابكنايات الطلاق وان نوى) لهذا الوجه (كذا) اى لايعتق ايضا بقوله (ياابنى ويا ابن) بضم النون وان نوى (ويابنتى ويابنية وياأخى وياسيدى ويامالكى) لان النداء كما عرفت لاستحضار المنادى فان ناداه بوصف يملك انشاءه كالحرية كان تحقيقا لذلك الوصف وان لم يملك انشاءه كان للاعلام المجرد لالتحقيق الوصف لتعذره وهذه الاوصاف من هذا القبيل (و) لا (بقوله لاسلطان لى عليك) وان نوى لان السلطان هو الحجة قال الله تعالى اوليأتينى بسلطان مبين اى بحجة ويذكر ويراد به اليد والاستيلاء سمى السلطان به لقيام يده واستيلائه فصار كانه قال لاحجة لى عليك ولونص عليه لم يعتق وان نوى فكذا هذا (و) لا (بقوله انت مثل الحر) لان المثل يستعمل للمشاركة فى بعض الاوصاف عرفا فوقع الشك فى الحرية فلاتثبت (بخلاف) مااذا قال (هذا ابنى للاكبر سنا منه او

(قوله وانت مثل الحر) هذا اذالم ينو وان نوى عتق لما فى التبيين والبرهان

قال الكمال اما النداء فالتحرير فيه لايثبت وضعا بل اقتضاء (قوله فان لفظ الاخبار) تعليل لقوله كانت حر وكان ينبغى ذكره عقيبه (قوله فان تصحيح كلام العاقل الخ) ظاهره انه تعليل لماقبله وفيه نظر فينبغى قطعه عنه بان يقال ولان تصحيح كلام العاقل (قوله وبقوله وهبت لك نفسك اوبعت) ملحق بالصريح (قوله عتق وان لم يقبل) قال الكمال ولا يرتد بالرد (قوله ولابكنايات الطلاق وان نوى) شامل لجميع الفاظها كما صرح به الكمال والزيلعى وقاضيخان حتى لوقال اختارى فاختارت نفسها اونوى العتق لاتعتق اه الا انه استثنى منها فى النهر نقلا عن البدائع امرك بيدك واختارى فانه يقع بالنية اه والاستثناء منقطع لان امرك بيدك واختارى من كنايات التفويض لامن كنايات الطلاق اه وفيها قال لها امر عتقك بيدك اوجعلت عتقك فى يدك او قال لها اختارى العتق اوخيرتك فى عتقك او فى العتق لايحتاج الى النية لانه صريح لكن لابد من اختيار العتق فى المجلس لانه تمليك اه (قوله كذاياابنى) قال فى تحفة الفقهاء هذا اذالم ينو اه وقال الكمال لو قال ياابنى اوياأخى لم يعتق لان النداء الى آخر ماعلل به هنا ثم قال وعلى هذا فينبغى ان يكون محل المسئلة مااذا كان العبد معروف النسب والافهو مشكل اذ يجب ان يثبت النسب تصديقا له فيعتق (قوله ولابقوله لاسلطان لى عليك وان نوى) كذا فى البرهان وقيل يعتق ان نواه وليس ببعيد لتعيين النية نفى السلطان للعتق اه وقال الكمال فالذى يقتضيه النظر كون نفى السلطان من الكنايات

الاصغر ثابت النسب) فانه يعتق بلا نية لان الاكبرية فى الاول وثبوت النسب فى الثانى
يمنعان ارادة المعنى الحقيقى وهو ثبوت البنوة فيصار الى المجاز ويراد ثبوت الحرية اللازم
للبنوة وفيه خلاف الامامين والشافعى (واما غير ثابته) اى غير ثابت النسب يعنى مجهول
النسب (فى مولده) اى وطنه الاصلى اشارة الى الخلاف فى تفسير مجهول النسب قال فى
القنية مجهول النسب الذى يذكر فى الكتب هو الذى لا يعرف نسبه فى البلدة التى هو
فيها والمختار المحققين من شراح الهداية وغيرهم انه الذى لا يعرف نسبه فى مولده ومسقط
رأسه بدليل الوفاق على ان الحامل المسبية ولدها ثابت النسب فاذا ثبت نسب الحمل
الخارج من دار الحرب باعتبار كونه من النكاح لا من السفاح فلان يثبت نسب الشخص
الخارج منها اولى فالجليب انما يكون مجهول النسب اذا لم يعرف نسبه فى مولده ووطنه
الاصلى (فيعتق ويثبت نسبه جليبا) اى مجلوبا من دار الحرب (او متولدا) فى دار الاسلام
قال فى الكافى ولا فرق بين ان يكون جليبا او متولدا لان صحة دعوة المولى باعتبار الملك
وحاجة المملوك الى النسب وقال فى الكفاية قوله جليبا انما يصح اذا كان جليبا غير ثابت
النسب فى مسقط رأسه اما اذا كان ثابت النسب فى مولده فلا يثبت نسبه من مولاه ولهذا
قلت ههنا غير ثابته فى مولده ولو قال لعبده هذا ابنتى او لامته هذه ابنى قيل هو على هذا
الخلاف وقيل لا يعتق بالاجماع لان المشار اليه ليس من جنس المسمى (كذا) اى كما يعتق
بقوله هذا ابنى على الخلاف يعتق بقوله (هذا ابى او امى) بطريق المجاز كما ذكر (لا هذا
اخى) حيث لا يعتق به فى ظاهر الرواية يعنى اذا وجدت الابوة او الامومة فى الملك كانتا
موجبتين للعتق بلا واسطة فتكون الحرية لازمة لهما فيصح المجاز بلا ذكر واسطة
بخلاف الاخوة لانها لا تكون الا بواسطة الاب او الام لانها عبارة عن المجاورة فى صلب
او رحم وهذه الواسطة غير مذكورة ولا موجب لهذه الكلمة فى الملك بدون هذه
الواسطة فاذا لم تذكر لغا الكلام لعدم صحة المجاز (الا اذا قال من النسب او لاب او لام)
قال فى المبسوط ان اختلاف الروايتين فى الاخ انما كان اذا ذكره مطلقا بان قال هذا اخى
فاما اذا ذكره مقيدا بان قال هذا اخى لابى او لامى فيعتق بلا تردد ولان مطلق
الاخوة مشترك وقد يراد بها الاخوة فى الدين قال الله تعالى انما المؤمنون اخوة
والمشترك لا يكون حجة فاما اذا قيد بما ذكر تعين المراد * فان قيل البنوة ايضا
مشتركة بين نسب ورضاع فكيف يثبت العتق باطلاق قوله هذا ابنى * قلنا مثل
هذا المجاز لا يعارض الحقيقة فاذا امتنعت يصار الى مجاز يكون بينه وبينها علاقة
وهو هذا حرفان الحرية لازمة للبنوة فيكون الانتقال من الملزوم الى اللازم
(كذا) اى كقوله هذا اخى (هذا جدى) حيث لا يعتق (الا اذا قال ابو ابى) فان هذا
الكلام لا يفيد العتق الا بواسطة اذ لا موجب له فى الملك الا به كما سبق ثم لما ذكر العتق
الحاصل بالاعتاق الاختيارى اراد ان يذكر مسائل العتق الحاصل بلا اختيار فقال
(من ملك) مبتدأ خبره قوله الآتى عتق عليه (ذا رحم) الرحم فى الاصل وعاء الولد
فى بطن امه وسميت القرابة من جهة الولاد رحما ومنه ذو الرحم (محرم) المحرمان

(شخصان)

(قوله وفيه خلاف الامامين) الخلاف
فى الاكبر سنا لا فى الاصغر لما قال فى
الجوهرة واما اذا كان يولد مثله لمثله الا
انه معروف النسب فانه يعتق اجماعا لانه
اقر بما لا يستحيل منه لانه يحتمل ان يكون
مخلوقا من مائه بشبهة او زناه (قوله
فيعتق ويثبت نسبه الخ) ظاهره انه يثبت
النسب من غير تصديق سواء كان صغيرا
لا يعبر او يعبر عن نفسه وهو ظاهر فى
الصغير واما الكبير اذا ادعى سيده بنوته
وكان يولد مثله له او ابوته او امومته وكان
يولد مثله لهما ولا نسب للمقر معروف فقيل
لا يحتاج الى تصديق العبد لان اقرار المالك
على مملوكه يصح من غير تصديقه وقيل
يشترط تصديقه فيما سوى دعوة البنوة لان
فيه حمل النسب على الغير كما فى التبيين
ولكن سيذكر المصنف فى كتاب الاقرار
انه يثبت النسب من المولى بمجرد اقراره
ولم يحك فيه خلافا وقد علته (قوله ولو
قال لعبده هذا بنتى) ذكر فى البرهان اسم
الاشارة مؤنثا (قوله وقيل لا يعتق
بالاجماع) هو الاظهر لان المشار اليه اذا
لم يكن من جنس المسمى فالعبرة للمسمى
كما لو باع فصا على انه ياقوت فاذا هو زجاج
كان باطلا والذكر والانثى من بنى آدم
جنسان فتعلق الحكم بالمسمى وهو معدوم
ولا يتصور تصحيح الكلام فى المعدوم
ايجابا او اقرارا فيلغو كذا فى البرهان الا
انه اقتصر على ما اذا قال هذه بنتى لعبد ولم
يذكر عكسه وقد نص عليهما الكمال
(قوله الا اذا قال ابو ابى) ينبغى ان لا
حصر فى هذا اذ اب الام بل اعم منه مثله
(قوله ذا رحم محرم) يعنى ومحرميته
بالقرابة لا بالرضاع حتى لو ملك ابنة عمه
وهى اخته رضاعا لا تعتق كما فى البحر

شخصان لايجوز النكاح بينهما لو كان احدهما ذكرا والآخر انثى وهو صفة ذا وجره للجوار والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم من ملك ذا رحم محرم منه فهو حر واللفظ بعمومه يتناول كل قرابة مؤكدة بالمحرمية ولادا كانت اوغيره ولافرق بين ما اذا كان المالك مسلما اوكافرا فى دار الاسلام لعموم العلة والمكاتب اذا اشترى اخاه لايتكاتب عليه اذ ليس له ملك تام يقدر به على الاعتاق واللزوم عند القدرة (ولو) وصلية كان المالك (صبيا اومجنونا) حتى يعتق القريب عليهما عند الملك اذ تعلق به حق العبد فشابه النفقة (او اعتق) عطف على ملك (لوجه الله تعالى او للشيطان او للصنم) فانه ايضا يعتق لوجود ركن الاعتاق من اهله فى محله ووصف القربة فى اللفظ الاول زيادة فلا يخل العتق فى الاخيرين بعدمه بل يكون المعتق عاصيا لان ذلك من فعل الكفرة وعبدة الاصنام (او) اعتق (مكرها اوسكران) فان اعتاقهما صحيح لصدوره عن اهله مضافا الى محله ولايشترط فى الاسقاطات الرضا وبالاكراه ينعدم الرضا ولاتأثير له فى انعدام الحكم الا ترى الى ماروى عنه عليه الصلاة والسلام ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والعتاق والهازل لايرضى بالحكم (او اضاف) عطف على اعتق (عتقه الى شرط ووجد) اى الشرط بأن قال ان دخلت الدار فأنت عتيق فدخل (عتق عليه) اى على من ملك والمذكور بعده (كعبد حربى خرج الينا مسلما) فانه يعتق لقوله صلى الله عليه وسلم فى عبيد الطائف حين خرجوا اليه مسلمين هم عتقاء الله ولانه احرز نفسه وهو مسلم ولااسترقاق على المسلم ابتداء (والحمل يعتق بعتق امه) تبعا لها لاتصاله بها ولايصح بيعه وهبته لان التسليم نفسه شرط فى الهبة والقدرة عليه فى البيع ولم يوجد بالاضافة الى الحمل وشئ منهما ليس بشرط فى الاعتاق ثم قيام الحمل وقت الاعتاق انما يعرف (اذا ولدت بعد عتقها لاقل من ستة اشهر) لانه اقل مدة الحمل كامر اعلم ان المسطور فى كتب القوم ان الحمل يعتق باعتاق الام تبعا لها مطلقا فان اعتقت وهى حامل بان ولدت بعد عتقها لاقل من ستة اشهر يعتق الحمل ولايجر ولاؤه وان اعتقت وهى غير معلومة الحمل بان ولدت للاكثر يعتق تبعا لامه لكن يجر ولاؤه الى مولى الاب كما مر وبهذا يظهر ان فى عبارة صدر الشريعة حيث قال اعلم ان الحمل يعتق بعتق امه لابطريق التبعية بل بطريق الاصالة حتى لايجر ولاؤه الى موالى الاب وهذا اذا ولدت بعد عتقها لاقل من ستة اشهر تسامحا لان ظاهرها مخالف لعبارة القوم حيث قالوا ان اعتق حاملا عتق حملها تبعا وايضا قوله اذا ولدت بعد عتقها لاقل من ستة اشهر قيد لقوله يعتق بعتق امه ومتمم له وقد فصله عنه بل حق العبارة ان يكون هكذا اعلم ان الحمل يعتق بعتق امه وهى حامل بان ولدت لاقل من ستة اشهر حتى لايجر ولاؤه الى موالى الاب فالحاصل ان الحمل يعتق بعتق امه مطلقا

(قوله ولافرق بين ما اذا كان المالك مسلما اوكافرا فى دار الاسلام) قيد بدار الاسلام احترازا عما لو ملك قريبا محرما حربيا بدار الحرب فانه لايعتق عندهما خلافا لابى يوسف ولو ملك قريبه الذمى او المسلم بدار الحرب عتق بالاجماع (قوله والمكاتب اذا اشترى اخاه لايتكاتب) ينبغى حذف لفظة لانه (قوله اذ ليس له ملك تام) ينبغى ان يقال لانه لاملك له فى الحقيقة وانما له التكسب خاصة وقرابة الولاد يجب مواساتها بالتكسب دون غيرها من الاقارب فكذا التكاتب اه وفى رواية كفولهما يتكاتب كما فى التبيين (قوله او اعتق لوجه الله تعالى او للشيطان او للصنم) وارد على قوله لما ذكر العتق الحاصل الخ لان هذا اختيارى فكيف يكون مما ليس باختيارى الا انه ليس ثابتا فى بعض النسخ وعليها الاعتراض (قوله او مكرها) لافرق بين الاكراه الملجئ وغيره كما فى النهر (قوله او سكران) يعنى من محرم لاعما طريقه مباح كالمضطر والذى لم يقصد السكر من مثلث ومن حصل له بغذاء او دواء كما فى النهر (قوله بأن قال ان دخلت الدار فأنت حر) هو الصواب ووقع فى كثير من النسخ فأنت طالق وهو سهو (قوله والحمل يعتق بعتق امه تبعا الخ) فيه نظر لانه لايخلو اما ان يكون قوله تبعا لها متنا ليتعلق به قوله بعده اذا ولدت بعد عتقها لاقل من ستة اشهر او يكون شرحا فان كان متنا يعارض تقييده التبعية بدون ستة اشهر ماسيذكره ان التبعية تكون مطلقا وان كان شرحا لايصح المتن لانه يفيد انه لايعتق الحمل باعتاق الام الا ان تلده لدون ستة اشهر وانه يعتق مطلقا (قوله وبهذا يظهر ان فى عبارة صدر الشريعة تسامحا) غير مسلم بل الحق ما قاله صدر الشريعة وفى عبارة المصنف تصريح بما يفيده من قوله وان اعتقت وهى غير معلومة الحمل بأن ولدت للاكثر يعتق تبعا له فهو يشير الى انه يعتق مقصودا فيما اذا ولدته لدون ستة اشهر وصرح به المصنف فى كتاب الولاء فى مسئلة جر الولاء (قوله لكن يجر ولاؤه الى مولى الاب) هو الصواب خلاف ما فى كثير من النسخ من ذكر الام مكان الاب (قوله كامر) صوابه كما سيأتى اذ لم يتقدم بل سيأتى فى كتاب الولاء

فأن وقع العتق عليه قصدا بأن ولدت لاقل من ستة اشهر يعتق ولا ينتقل ولاؤه ابدا الى موالى ابيه وان وقع بمجرد تبعية امه بأن ولدت للاكثر يعتق ايضا لكن اذا اعتق الاب بعده فقد يجر ولاء ابنه الى مواليه وسيأتى تمام تحقيقه فى الولاء ان شاء الله تعالى (بلا عكس) يعنى ان الام لا تعتق بعتق الحمل بل يعتق الحمل فقط اذ لا وجه لاعتاقها مقصودا لعدم الاضافة اليها ولا تبعا له لان فيه قلب الموضوع (الولد يتبع الاب فى النسب) لانه للتعريف والام لا تشتهر (و) يتبع (الام فى الملك) حتى اذا كانت الام ملك زيد فولدت ولدا كان الولد ايضا ملكا له وان كانت مشتركة بينه وبين غيره كان الولد كذلك (والرق) والفرق بينهما ان الرق هو الذل الذى ركبه الله تعالى على بعض عباده جزاء استنكافهم عن طاعته وهو حق الله تعالى او حق العامة على الخلاف فيه والملك هو تمكن الشخص من التصرف فيه وهو حقه واول ما يؤخذ الأسور يوصف بالرق لا الملك الا بعد الاخراج الى دار الاسلام والملك يوجد فى الجماد والحيوان غير الآدمى لا الرق وبالبيع يزول ملك المالك لا الرق وبالعتق يزول ملكه قصدا لانه حقه ويزول الرق ضمنا ضرورة فراغه من حقوق العباد وتبين لك الفرق بينهما فى القن وام الولد والمكاتب فان الرق والملك كاملان فى الرقيق القن ورق ام الولد ناقص حتى لا يجوز اعتاقها عن الكفارة والملك فيها كامل والمكاتب رقه كامل حتى جاز اعتاقه عن الكفارة وملكه ناقص لخروجه عن يد المولى ولا يدخل تحت قوله كل مملوك لى كذا ذكره الزيلعى (والعتق وفروعه) كالتدبير والاستيلاد والكتابة بالاجماع عليه ولان ماءه يكون مستهلكا بمائها فترجح جانبها ولانه متيقن به من جانبها ولهذا يثبت نسب ولد الزنا وولد الملاعنة منها حتى ترثه ويرثها ولانه قبل الانفصال كعضو منها حسا وحكما حتى يتغذى بغذائها وينتقل بانتقالها ويدخل فى البيع والعتق وغيرهما من التصرفات تبعا لها فكان جانبها ارجح ولهذا يعتبر جانب الام فى البهائم ايضا حتى اذا تولد بين الوحشى والاهلى او بين المأكول وغير المأكول يؤكل اذا كانت امه مأكولة ذكره الزيلعى (ويتبع) الولد (خيرهما فى الدين) رعاية لجانب الولد (فولد الامة من زوجها ملك لسيدها) تفريع على كون الولد تابعا للام فى الملك (ولو كان) الولد (من سيدها فحر) لانه مخلوق من مائه فيعتق عليه ولا يعارضه ماء الامة لان ماءها مملوك لسيدها بخلاف امة الغير لان ماءها مملوك لسيدها فتعارضا فرجح جانبها بما ذكرنا والزوج قد رضى به لعلمه (وولد المغرور حر بالقيمة) المغرور رجل اشترى امة على انها ملك البائع او نكح امرأة على انها حرة فولدت كل منهما ولدا فظهر ان الاولى ملك لغير البائع والثانية امة فحينئذ يكون كل من الولدين حرا بالقيمة اما حريته فلانه خلق من ماء الحر ولم يرض الوالد برقيته كما رضى فى الاول فلا يتبعها واما القيمة فلرعاية جانب التبعية الاصلية

باب عتق البعض

(قوله بل يعتق الحمل فقط) اهمله من القيد وهو واجب الذكر اذ لا يحكم بعتق الولد الا ان تلده لاقل من ستة اشهر او لما هو فى حكمه من وقت الاعتاق ولو زاد عن ستة اشهر كما اذا كانت معتدة من طلاق او وفاة او جاءت بتوأمين الاول لدون ستة اشهر والثانى لاكثر (قوله ورق ام الولد ناقص) قال الكمال وما اورد من ان الرق لا يقبل التجزى فكيف يقبل النقصان يندفع بان المراد بنقصان الرق نقصان حاله لا نقصان ذاته (قوله والعتق وفروعه) مستدرك بما تقدم من قوله والحمل يعتق بعتق امه وكذا وقع مثل هذا فى غير ما كتاب ولعل اعادته ليرتب عليه قوله وفروعه (قوله فولد الامة الخ) كان ينبغى ان يفرع على المذكور اولا فاولا فيقول فولد العامى من الشريفة ليس بشريف مثلا الخ ولم يفرع لقوله والرق ويمكن ان يقال وولد المسبية بأن سباها حاملا فولدت (قوله وولد المغرور حر بالقيمة) اى قيمته يوم الخصومة كما سيأتى

باب عتق البعض

(اعتق بعض عبده لم يعتق كله) خلافا لهما وللشافعي حيث يقولون يعتق كله وحاصل الخلاف ان اعتاق البعض هل يوجب زوال الرق من المحل كله ام لا فعنده لا يوجب بل يبقى المحل رقيقا ولكن زوال الملك بقدره وعندهم يوجبه لهم ان الاعتاق اثبات العتق الذي هو قوة حكمية واثباتها بازالة ضدها الذي هو الرق وهما لا يتجزآن بالاتفاق فكذا الاعتاق والا لزم تخلف المعلول من العلة او تجزي العتق لانه اذا تجزأ فاما ان يثبت باعتاق البعض اعتاق الكل اولا يثبت شيء او يثبت بعضه وعلى كل من الاولين يلزم تخلف المعلول من العلة وعلى الاخير يلزم تجزي العتق فصار الاعتاق كالطلاق والعفو عن القصاص والاستيلاد في عدم التجزي وله ان الاعتاق اما اثبات العتق بازالة الملك او ازالة الملك ابتداء لا اثبات العتق بازالة ضده الذي هو الرق ولا ازالة الرق ليلزم عدم التجزي وذلك لان الاعتاق تصرف وكل ما هو تصرف لا يتعدى ولاية المتصرف وولاية المتصرف انما تكون على ما هو حقه وحق المالك وولايته انما تكون على الملك والملك متجزي بالاجماع لكن يتعلق به امر غير متجزي وهو العتق وتعلقه به لا يستلزم تجزيه كجواز الصلاة فانه امر غير متجزي تعلق بمتجزي وهو الاركان هذا ملخص ما ذكره القوم في هذا المحل وانت خبير بانه لا يفيد الجواب عن دليلهم الا بتحقيق مرام الامام ورفع الاشكال الوارد على الامام في هذا المقام بان العتق مطاوع للاعتاق فكيف يتصور تجزي الفعل بدون تجزي مطاوعه وان اردت العثور على تحقيق المرام فاستمع لما القي عليك من الكلام فاقول وبالله التوفيق وبيده مقاليد التحقيق ان المعنى الحقيقي للاعتاق اثبات العتق الذي هو قوة شرعية كما قالوا ومن البين ان اثباته من حيث هو كذلك خارج من قدرة البشر وانما هو مقدور خالق القوى والقدر فاذا امتنع المعنى الحقيقي وجب ان يصار الى المجاز كما هو القاعدة المقررة واقرب المعاني المجازية الى الحقيقة هنا امران احدهما اثبات القوة الشرعية بازالة الملك بان يكون الصادر من العبد ازالة الملك ويترتب عليه ثبوت القوة الشرعية ونظيره الكسب والخلق في افعال العباد فان الاول مقدور العبد ويترتب عليه مقدور الله والمعنى الثاني ازالة الملك وهو ظاهر وبهذا يخرج الجواب عن دليلهم المذكور ويندفع ايضا الاشكال المشهور اما الاول فبأن يقال لا نسلم ان الاعتاق اثبات القوة الشرعية فان صدوره عن العبد محال فكيف يصح اسناده اليه حقيقة فاذا بطلت هذه المقدمة بطل ما يترتب عليها واما الثاني فبأن يقال ان اردتم بكون العتق مطاوعا للاعتاق كونه كذلك بحسب معناه الحقيقي سلمنا لكن المراد ههنا ليس ذلك المعنى كما عرفت بل معناه المجازي ويجوز تخلف مطاوع الفعل عن معناه المجازي كما في كسرته فلم ينكسر لان معناه اردت كسره فلم ينكسر وان اردتم به كونه مطاوعا للمعنى المراد ههنا فلا نسلم ذلك فانه اما ازالة الملك او ما هو سبب منها وظاهر ان تجزي ازالة الملك لا يستلزم تجزي العتق بل تجزي زوال الملك ولا محذور فيه بل الامر كذلك فانه اذا اعتق البعض زال بعض ملك المولى وهو ملك اليد وبقي ملك الرقبة فصار كالمكاتب ولهذا عقبها بالمسئلة

(قوله فان الاول مقدور العبد ويترتب عليه مقدور الله تعالى) يوهم القول بعدم مقارنة المعلول للعلة وهو مخالف لقولنا بمقارنتها له

التى تليها وبهذا التحقيق الفائض علي من انور التوفيق اضمحل ما قال صاحب البدايع ان اكثر القوم على ان التجزى عنده الاعتاق لا العتق وهو غير سديد لان الاعتاق لما كان متجزئا كان العتق متجزئا ضرورة ان العتق حكم الاعتاق والحكم يثبت على وفق العلة ولان القول بهذا قول بتخصيص العلة اذ يوجد الاعتاق فى النصف ويتأخر العتق فيه الى وقت الضمان او السعاية وانه قول بوجود العلة ولا حكم له وهو تفسير تخصيص العلة وما قال بعض محشى الهداية انه يلزم من تقرير صاحب البدايع ان العتق لا يتخلف عن الاعتاق فى عدم التجزى فانه لا يقبل التجزى فيظهر قوة قول الصاحبين ووجه الاضمحلال يظهر من التأمل فيما ذكرنا فليتأمل ثم اذا تجزأ الاعتاق بزوال بعض الملك احتبس مالية بعض العبد عنده فوجب عليه السعاية (وسعى) لمولاه (فى) قيمة (الباقى) من ذلك البعض (فصار كالمكاتب) لان المستسعى بمنزلة المكاتب عنده حتى لا يجوز له نكاح الاربع ولا يملك التبرعات لان الاضافة الى البعض توجب ثبوت المالكية فى كله وبقاء الملك فى بعضه يمنعه فعملنا بالدليلين بانزاله مكاتبا لانه مالك يدا لا رقبة والسعاية كبدل الكتابة فله ان يستسعيه وله ان يعتقه لان المكاتب قابل للاعتاق (بلا رد الى الرق لو عجز) يعنى ان الفرق بينهما ان معتق البعض اذا عجز عن الاداء لا يرد الى الرق لانه اسقاط محض فلا يقبل الفسخ بخلاف الكتابة المقصودة لانها عقد يقبل الفسخ وليس فى الطلاق والقصاص حالة متوسطة فأثبتناه فى الكل ترجيحا للمحرم والاستيلاد متجزئ عنده حتى لو استولد نصيبه من مدبرة يقتصر عليه وفى القنة لما ضمن نصيب صاحبه بالافساد ملكه بالضمان فكمل الاستيلاد (اعتق رجل حصته) من المملوك المشترك بينه وبين غيره (فلشريكه الاعتاق او الاستسعاء والولاء لهما) لانهما المعتقان (او تضمينه) اى لشريكه ان يضمنه (لو) كان المعتق (موسرا) بان يملك قدر قيمة نصيب الآخر ولو كان معسرا فلشريكه الاعتاق او الاستسعاء فقط والولاء لهما كما فى الاول (ويرجع) المعتق الضامن (به) اى بما ضمن (على العبد) لانه قام مقام الساكت وقد كان للساكت الاستسعاء فكذا للمعتق (والولاء له) لان العتق كله من جهته حيث ملكه بالضمان (شهد كل) من الشريكين (بعتق) نصيب الآخر سعى) العبد (لهما) موسرين كانا او معسرين او احدهما موسرا والآخر معسرا هذا عند ابى حنيفة وعندهما ان كانا موسرين فلا سعاية عليه وان كانا معسرين سعى لهما وان كان احدهما معسرا والآخر موسرا سعى للمعسر لا للموسر والولاء لهما لان كلا منهما يقول عتق نصيب صاحبى عليه باعتاقه وولاؤه له وعتق نصيبى بالسعاية وولاؤه لى والولاء موقوف فى جميع ذلك عندهما لان كلا منهما يحيله على صاحبه وهو يتبرأ عنه فيبقى موقوفا الى ان يتفقا على اعتاق احدهما (علق احدهما) اى الشريكين (عتقه بفعل فلان غدا) فقال ان دخل فلان هذا الدار غدا فهو حر (والآخر بعدمه) وقال ان لم يدخل فهو حر (فمضى) الغد (وجهل شرطه) اى لم يعلم انه دخل اولا (عتق نصفه وسعى فى نصفه لهما) وعند محمد سعى فى كله لان

(قوله حتى لو استولد نصيبه من مدبرة) اقتصر عليه قال الكمال حتى لو مات المستولد تعتق من جميع ماله ولو مات المدبر عتقت من ثلث ماله اه (قوله فكمل الاستيلاد) يعنى تبين كماله لما قال الكمال وانما كمل فى القنة لانه لما ضمن نصيب صاحبه بالافساد ملكه من حين الاستيلاد فصار مستولدا جارية نفسه فثبت عدم التجزى ضرورة (قوله فلشريكه الاعتاق) اى منجزا او مضافا وينبغى ان لا يقبل منه اضافته الى زمان طويل لانه كالتدبير ولو دبره وجب عليه السعاية فى الحال فيعتق كما صرحوا به فينبغى ان يضاف الى مدة تشاكل مدة استسعاء كما فى الفتح (قوله او الاستسعاء) ويجبر عليه واذا امتنع يؤجره جبرا ولا يرجع العبد على المعتق بما ادى باجماع اصحابنا كما فى الفتح (قوله او يضمنه) يعنى اذا اعتق بغير اذنه كما سيأتى (قوله لو موسرا) المراد به يسار التيسير لا يسار الغنى كما ذكره المصنف والمعتبر حاله يوم الاعتاق حتى لو ايسر بعده او اعسر لا يعتبر وان اختلفا فيه يحكم الحال الا ان يكون بين الخصومة والعتق مدة يختلف فيها الاحوال فيكون القول للمعتق كما فى التبيين (قوله بأن يملك قدر قيمة نصيب الآخر) يعنى فاضلا عما يحتاج اليه من ملبوسه ونفقة عياله وسكناه كما فى التبيين (قوله شهد كل بعتق نصيب الآخر) كذا لو شهد احدهما على رفيقه باعتاق نصفه فأنكر يسعى لهما (قوله فيبقى موقوفا الى ان يتفقا على اعتاق احدهما) قال فى البحر عن الفتح فلو مات قبل ان يتفقا وجب ان يأخذه بيت المال اه (قوله علق احدهما عتقه بفعل فلان غدا الخ) قال الكمال ولا يخفى ان من صورة المسئلة ان يتفقا على ثبوت الملك لكل الى آخر النهار (قوله وسعى فى نصفه لهما) لا فرق فيه بين كونهما موسرين او معسرين او مختلفين والولاء لهما كما فى البرهان (قوله وعند محمد سعى فى كله) هذا اذا كانا معسرين كما فى التبيين

(المقضى)

المقضى عليه بسقوط السعاية مجهول فلا يمكن القضاء على المجهول ولهما ان نصف السعاية ساقط بيقين فكل واحد من الشريكين يقول لصاحبه ان النصف الباقى هو نصيبى والساقط نصيبك فينصف بينهما (ولا عتق فى عبدين) اى قال رجل ان دخل فلان الدار غدا فعبدى كذا وقال الآخر ان لم يدخل فعبدى كذا فمضى ولم يعلم انه دخل اولا لا يعتق واحد من العبدين لان المقضى عليه بالعتق والمقضى له به مجهول لان فحشت الجهالة (ملكا) أى رجلا (ولد احدهما) بشراء اوهبة اووصية (اواشترى) احدهما (نصف ابنه من مولاه) اى مولى ابنه (اوعلق عتقه) اى عتق عبد (بشراء نصفه) بان قال زيد لعبد بكر ان اشتريت نصفك فنصفك حر (ثم اشتراه) اى ذلك العبد (هو) اى زيد (ورجل آخر) بالاشتراك (عتق حصته) اى وحصة الاب فى الصورتين الاوليين لانه ملك شقص قريبه وشراؤه اعتاق كامر وحصة الحالف فى الثالثة لوجود الشرط (ولم يضمن) عند ابى حنيفة لانعدام التعدى (علم) الشريك (حاله اولا) اى سواء علم انه ابن شريكه أولا (كما لو ورثاه) اى لا يضمن الاب نصيب الشريك فى الصور المذكورة كما لا يضمن الاب اذا ورث هو وشريكه ابنه صورته امرأة ماتت ولها عبد هو ابن زوجها فتركت الزوج والاخ فورث الاب نصف ابنه فعتق عليه لا يضمن حصة اخيها اتفاقا لان الارث ضرورى لا اختيار للاب فى ثبوته (فالآخر اعتقه اواستسعى) اى اذا لم يكن للشريك ولاية التضمين بقى احد الامرين اما الاعتاق او الاستسعاء وقالا فى غير الارث ضمن نصف قيمته غنيا وسعى له فقيرا لان شراء القريب اعتاق فان كان موسرا يجب الضمان وان كان معسرا يسعى العبد وابو حنيفة يقول انه رضى بافساد نصيبه فلا يضمن كما اذا اذن باعتاق نصيبه حيث شاركه فى علة العتق وهو الشراء وان جهل فالجهل لا يكون عذرا (وان اشترى) اى اجنبى (نصفه ثم) اشترى (الاب موسرا باقيه ضمنه) اى الاجنبى الاب لانه ما رضى بافساد نصيبه (اواستسعى) الابن فى نصف قيمته لاحتباس ماليته عنده وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله لان يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده وقالا لا خيار له ويضمن الاب نصف قيمته لان يسار المعتق يمنع السعاية عندهما (وان اشتراه) اى النصف (الاب موسرا من مالك كله لم يضمن) اى الاب (له) اى للمالك كله لانه رضى بافساد نصيبه ببيعه من الاب (دبره احد الشركاء واعتقه آخر وهما موسران ضمن الساكت مدبره فقط) لا المعتق (وضمن المدبر معتقه ثلثه مدبرا لاما ضمنه) اذا كان العبد بين ثلاثة نفر دبره احدهم ثم اعتقه الآخر وهما موسران والثالث ساكت فاراد الساكت والمدبر الضمان فللساكت ان يضمن المدبر دون المعتق وللمدبر ان يضمن المعتق ثلث قيمته مدبرا ولا يضمنه الثلث الذى ضمن توضيحه ان قيمة العبد اذا كانت سبعة وعشرين دينارا مثلا فان الساكت يضمن المدبر تسعة والمدبر يضمن المعتق ستة وذلك لان قيمة المدبر ثلثا قيمة القن لما سيأتى فبالتدبير تلفت منه تسعة وكان الاتلاف بالاعتاق واقعا على قيمة المدبر وهى ثلثا قيمة القن وهى ثمانية عشر وثلثها ستة فيضمن المدبر المعتق تلك الستة فقط ولا يضمنه التسعة التى هى نصيب

(قوله ملكا ولد احدهما) كذا الحكم فى كل ذى رحم محرم كما فى الفتح (قوله علم الشريك حاله اولا) هو ظاهر الرواية عن الامام وروى الحسن عنه تضمين الاب اذا لم يعلم الشريك انه ابنه كما فى التبيين (قوله وابو حنيفة يقول انه رضى بافساد نصيبه الخ) لا يخفى ما فيه وينبغى ان يقال كما فى التبيين لان سبب الرضا يتحقق من غير علم والحكم يدار على سببه لا على حقيقته لانه مبطل لا يمكن الوقوف عليه (قوله وان اشتراه الاب من مالك كله) مكرر بما تقدم من قوله اواشترى نصف ابنه من مولاه واحترز به عن الشراء من أحد الشريكين لانه لو شراه منه موسرا لزمه الضمان للآخر بالاجماع كما فى التبيين (قوله واعتقه آخر) يعنى بعده كما صرح به فى شرحه (قوله ضمن الساكت مدبره) قال الكمال ويرجع به على العبد ان شاء (قوله وهى ثلثا قيمة القن) قال الكمال لان له الانتفاع بالوطء والسعاية والبدل وانما زال الاخير فقط واليه مال الصدر الشهيد وعليه الفتوى الا ان الوجه يخص المدبرة دون المدبر وقيل يسأل اهل الخبرة ان العلماء لو جوزوا بيع هذا فأبت المنفعة المذكورة كم يبلغ فاذكر فهو قيمته وهذا حسن عندى وقيل قيمته قنا وهو غير سديد وقيل نصف قيمته قنا وقيل تقوم خدمته مدة عمره حزرا فيه فابلغت فهى قيمته اه

(قوله وقالا العبد المدبر) مبني على عدم تجزي التدبير عندهما (قوله فتعتق بالسعاية) لم يتعرض فيه لنفقتها وكسبها وجنايتها وفي المختلف في باب محمد نفقتها في كسبها فان لم يكن لها كسب فنفقتها على المنكر ولم يذكر خلافا في النفقة وقال غيره نصف كسبها للمنكر ونصفه موقوف ونفقتها من كسبها فان لم يكن لها كسب فنصف نفقتها على المنكر لان نصف الجارية للمنكر وهذا اللائق بقول ابي حنيفة وينبغي على قول محمد ان لا نفقة لها عليه اصلا لانه لا خدمة له عليها ولا احتباس

واما جنايتها فتسعى فيها على قول محمد كالمكاتب وتأخذ الجناية ممن جنى عليها تستعين بها وعلى قول ابي حنيفة جنايتها موقوفة الى تصديق احدهما صاحبه كما في الفتح (قوله وقالا لها القيمة) قال في النهر وهي ثلث قيمتها قنة وبه قال الجمهور اه (قوله ولابي حنيفة قوله صلى الله عليه وسلم الخ) لم يذكر فيه الجواب من وجه قياس قولهما وليس مما ينبغي (قوله فان كان حيا امر بالبيان) كان ينبغي للمصنف ذكر حكمه وهو كما قال الكمال والعبيد مخاصمته في ذلك فاذا بين العتق في الثابت الذي لم يخرج بالكلام الاول اي بينه بالكلام الاول عتق وبطل بالكلام الثاني وان بين بالكلام الاول عتق الخارج ويؤمر ببيان الكلام الثاني ويعمل ببيانه وان بدأ ببيان الكلام الثاني فقال عنيت بالكلام الثاني الداخل عتق ويؤمر ببيان الكلام الاول فايهما بينه من الخارج والثابت عمل به وان قال عنيت بالكلام الثاني الثابت عتق وتعين عتق الخارج بالكلام الاول والا بطل فالمسئلة على ثلاثة اوجه احدها ان يبين وهو ما تقدم ثانيها ان يموت احد العبيد فالموت بيان ايضا فان مات الخارج تعين الثابت للعتق بالايجاب الاول لزوال المزاحم وبطل الايجاب الثاني وان مات الثابت تعين الخارج بالايجاب الاول والداخل بالايجاب الثاني وان مات الداخل امر ببيان الاول فان عني به الخارج عتق الثابت ايضا بالايجاب الثاني وان عني به الثابت بطل الايجاب الثاني ثالثها ان يموت المولى قبل البيان وهي مسئلة الكتاب اه فان قيل يشكل هذا على اصلهما من عدم تجزي الاعتاق فالجواب ان عدم تجزيه اذا وقع في محل معلوم والانقسام هنا ضروري اه وقال في البرهان وتمام الكلام على هذه المسئلة في اول باب عتق احد العبدين من الكافي (قوله وما اصاب النصف الذي عتق) ينبغي ان يقال فما اصاب بالفاء لا بالواو

الساكت مع ثلث السنة التي يخدمه اياها هذا عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى وقالا العبد للمدبر ويضمن ثلثي قيمته لشريكه موسرا كان او معسرا لانه ضمان تملك فلا يختلف باليسار والاعسار بخلاف ضمان الاعتاق فانه ضمان جناية (قال هي ام ولد شريكي وانكر) شريكه (تخدمه) اي تخدم الجارية الشريك المنكر (يوما وتوقف يوما) عند ابي حنيفة لان المقر اقر ان لا حق له عليها فيؤاخذ باقراره والمنكر زعم انها كما كانت فلا حق له الا في نصفها وعندهما للمنكر ان يستسعي الجارية في نصف قيمتها ثم تكون حرة لانه لما لم يصدقه صاحبه انقلب اقراره عليه كانه استولدها فتعتق بالسعاية (لا قيمة لام ولد) وقالا لها القيمة لانها مملوكة محرزة منتفع بها وطأ واجارة واستخداما فتكون متقومة كالمدبرة ولهذا لو قال كل مملوك لي كذا تدخل ام الولد واستباحة الوطء دليل الملك لانه لا يحل الا بالنكاح او ملك اليمين والاول منتف فتعين الثاني وبقاء الملك دليل بقاء المالية والتقوم اذ المملوكية في الآدمي ليست غير المالية والتقوم وحق الحرية لا ينافي التقوم كالمدبر ولهذا اذا اسلمت ام ولد النصراني تسعى وهي آية التقوم ولابي حنيفة قوله عليه الصلاة والسلام اعتقها ولدها رواه ابن ماجه والدارقطني ومقتضى الحرية زوال التقوم لكنه تقاعد عن افادة الحرية لمعارض وهو قوله صلى الله عليه وسلم ايما امرأة ولدت من سيدها فهي معتقة عن دبر منه وفي رواية من بعده رواه احمد ولا معارض له في زوال التقوم فيثبت (فلا يضمن غني اعتقها) اي ام ولده حال كونها (مشتركة) بينه وبين غيره بان ولدت ولدا فادعياه فانه لا يضمن حصة شريكه عند ابي حنيفة بناء على عدم تقومها وعندهما يضمن بناء على تقومها (رجل له اعبد) ثلاثة (قال في صحته لاثنين عنده احدكما حر فخرج واحد) منهما (ودخل آخر فأعاد) هذا الكلام فان كان حيا امر بالبيان (وان مات مجهلا عتق ثلاثة ارباع الثابت ونصف كل من الآخرين) عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله تعالى وعند محمد ربع من دخل وغيره كما قالا وذلك لان الايجاب الاول دائر بين الخارج والثابت فيتنصف بينهما ثم الايجاب الثاني دائر بين الثابت والداخل فيتنصف بينهما فالنصف الذي اصاب الثابت شاع فيه وما اصاب النصف الذي عتق بالايجاب الاول لغا وما اصاب النصف الفارغ وهو الربع بقي فيعتق منه ثلاثة ارباعه واما الداخل فيعتق منه ربعه عند محمد لان هذا الايجاب لما اوجب عتق الربع من الثابت اوجبه من الداخل ايضا لتنصفه بينهما وهما يقولان المانع من عتق النصف يختص بالثابت ولا مانع في الداخل

(فيعتق)

فيعتق نصفه (ولو) كان هذا القول منه (فى المرض ومات) قبل البيان وقيم العبيد متساوية
فان كان له مال يخرج قدر المعتق من الثلث وذلك رقبة وثلاثة ارباع رقبة عندهما ورقبة
ونصف رقبة عنده او لم يخرج ولكن اجازت الورثة فالجواب كما ذكر وان لم يكن له مال
سوى العبيد ولم تجز الورثة (قسم الثلث) بينهم (على هذا) اى على ما وصفنا وبيانه ان حق
الخارج فى النصف وحق الثابت فى ثلاثة الارباع وحق الداخل عندهما فى النصف ايضا
فيحتاج الى مخرج له نصف وربع واقله اربعة فتعول الى سبعة فحق الخارج فى سهمين
وحق الثابت فى ثلاثة وحق الداخل فى سهمين فبلغت سهام العتق سبعة فيجعل ثلث المال
سبعة لان العتق فى المرض وصية ومحل نفاذها الثلث واذا صار ثلث المال سبعة صار ثلثا
المال اربعة عشر وهى سهام السعاية وصار جميع المال احدا وعشرين وماله ثلاثة اعبد
فيصير كل عبد سبعة فيعتق من الخارج سهمان ويسعى فى خمسة ويعتق من الداخل سهمان
ويسعى فى خمسة ويعتق من الثابت ثلاثة ويسعى فى اربعة فبلغ سهام الوصايا سبعة وسهام
السعاية اربعة عشر فاستقام الثلث والثلثان وعند محمد رحمه الله تعالى حق الداخل فى سهم
وكان سهام العتق عنده ستة ويجعل كل رقبة ستة وسهام السعاية اثنى عشر وجميع المال ثمانية
عشر فيعتق من الثابت ثلاثة ويسعى فى ثلاثة ومن الخارج سهمان ويسعى فى اربعة
ومن الداخل سهم ويسعى فى خمسة فيستقيم الثلث والثلثان اقول يرد على ظاهره ان
ارباب الفرائض صرحوا بان الاربعة لا تعول فكيف يصح قوله واقله اربعة فتعول الى
سبعة ودفعه ان معناه على ما ذكر شراح كلامهم لا يتصور فى مسئلة فيها اجتماع نصفين
وربع وهذا لا ينافى وقوع العول فيها فيما سوى قسمة التركة (ولو طلق كذلك قبل وطء
سقط ربع مهر من خرجت وثلاثة اثمان من ثبتت وثمن من دخلت) يعنى ان كان
له ثلاث زوجات مهورهن على السواء فطلقهن قبل الوطء على الوجه المذكور
فبالايجاب الاول سقط نصف مهر الواحدة منصفا بين الخارجة والثابتة فسقط
ربع مهر كل واحدة ثم بالايجاب الثانى سقط الربع منصفا بين الثابتة والداخلة
واصاب كل واحدة الثمن فسقط ثلاثة اثمان مهر الثابتة بالايجابين وسقط ثمن
مهر الداخلة وانما فرضت المسئلة فى الطلاق قبل الوطء ليكون الايجاب الاول
موجبا للبينونة فالاصاب الايجاب الاول لا يبقى محلا للايجاب الثانى فيصير فى هذا
المعنى كالعتق (الوطء والموت بيان فى طلاق مبهم) يعنى اذا قال لامرأتيه احداكما
طالق فوطئ احداهما او ماتت فكل منهما بيان ان المراد هى الاخرى اما الوطء
فلان النكاح عقد وضع لحل الوطء والطلاق وضع لازالة ملك النكاح اى لازالة
حل الوطء اما فى الحال او بعد انقضاء العدة فالوطء دليل على ان الموطوأة لم تكن
مرادة بالطلاق واما الموت فلما عرف ان البيان انشاء من وجه فلا بد له من محل
(كبيع وموت وتدبير واستيلاد وهبة وصدقة مسلمتين فى عتق مبهم) اى اذا قال

(قوله وقيم العبيد متساوية) ليس هذا القيد لازما حكما (قوله قسم الثلث على هذا) قال الكمال ولا يخفى ان الحاصل للورثة
لا يختلف اه يعنى بحسب جعل سهام العتق ستة او سبعة (قوله لا يتصور فى مسئلة فيها اجتماع نصفين) فى الحاق
فيها للمعنى بلا تسامح (قوله وثمن من
دخلت) هذه حجة محمد عليهما فالزمهما
المناقضة والجواب عنها والكلام على
تقاريبها فى الفتح (قوله مهورهن على
السواء) الكلام عليه كالكلام على قيمة
العبيد فيما تقدم (قوله والوطء والموت
بيان فى طلاق مبهم) هذا اذا كان الطلاق
قبل الدخول او بائنا لانه لو كان رجعيا
لا يكون الوطء بيانا لان الطلاق الاخرى لحل
وطء المطلقة رجعيا ذكره فى الفتح من
النوادر ونقله ابن الضياء عن قنية المنية
اه الا ان فيه نوع اشكال لما قالوا ان
المسلم لا يفعل خلاف السنة والسنة ان
لا يطأ المطلقة طلاقا رجعيا قبل رجعتها
بالقول فاوجه حمله ههنا على هذا مع
حملهم اياه فى غير هذا المحل على عدم
مخالفة السنة ﴿تنبيه﴾ لا يثبت البيان فى
الطلاق بالمقدمات كما فى الزيادات
وقال الكرخى يثبت بالتقبيل كما يحصل
بالوطء كذا فى الفتح (قوله كبيع)
شامل لما فيه الخيار لاحد المتبايعين والفاسد
بدون قبض على الصحيح كما فى الفتح
والايصاء والاجارة والتزويج والعرض
على البيع كالبيع كما فى التبيين (قوله
وتدبير) كذا الكتابة والتحرير بيان
كما فى البحر وسواء كان التحرير منجزا او
معلقا كما فى التبيين والمراد بالمنجز ما لا
نية له فيه فان قال عنيت به الذى لزمنى
بقولى احدكما حر صدق قضاء ويحمل
قوله اعتقتك على اختيار العتق اى
اخترت عتقك كذا فى البحر (قوله وهبة
وصدقة مسلمين) هذا القيد اتفاقى لما قال الزيلعى عن الكافى ذكر التسليم فى الهبة والصدقة فى الهداية وقع اتفاقا يعنى لا يحتاج اليه
وقال الكمال قالوا ذكر الاقباض توكيد لا للشرط لما فى المبسوط والمحيط وغيرهما ان البيان باعتبار دلالة تصرف يختص بالملك

(قوله والعتق من كل وجه بالتدبير والاستيلاد) اى ولم تبق محلا للعتق من كل وجه وهو العتق الملتزم بقوله احدكما حر فان حاصله تعليق كامل بالبيان وبالتدبير والاستيلاد لم يبق عتقه عتقا كاملا لاستحقاقه العتق عند الموت فتعين الآخر كذا فى الفتح (قوله لا وطء فيه) قول ابى حنيفة ومحله اذا لم يحصل منه علوق اما لو علقت منه عتقت الاخرى اتفاقا كما فى الفتح (قوله وعندهما بيان) اى وان لم يحصل منه علوق وبه يفتى كما فى البرهان (قوله اشار بزيادة لو فى العبارة الخ) قيل وجه ذلك ان جملة تلدينه ابنا وقعت صفة لولد فيحل الكلام الى قولك اول ولد موصوف بهذه الصفة فانت حرة فانظر هل لقولك فانت حرة ارتباط بما قبله بوجه بخلاف ما اذا قدرت اداة الشرط كان ولو فقلت اول ولد تلدينه ان بنا او ابنا فانت حرة فانه يرتبط بما قبله على الجزائية لانه يحل الى قولك اول ولد موصوف بالولادة ان كان ابنا فانت حرة وبهذا سقط ما قيل وجه الفساد ان كان عدم وجود الرابط فى جملة الخبر فقد يستغنى عنه بناء على ظهوره تقديره كعندولادته ونحوه وان كان وجود الفاء فى الخبر فقد يجوز دخوله على قلة ❊ وقائلة خولان فانكح فتاتهم ❊ خصوصا اذا كان المبتدأ نكرة موصوفة بجملة على ما بين فى محله هذا ما تيسر لى اه قاله فاضل رحمه الله وفى حكمه بالسقوط بما ذكره تأمل (قوله عتق نصف الام ونصف الانثى) هذا اذا تصادقا على عدم معرفة المولود الاول وهذه المسئلة على وجوه احدها ما تقدم ثانيها ان يتصادقا على اولية الغلام فتعتق الام والبنت دونه ثالثها ان يتصادقا على اولية البنت فلا يعتق احد رابعها ان تدعى الام اولية الغلام والبنت صغيرة وينكر المولى فان حلف على نفى العلم لم يعتق احد منهما خامسها ان تقيم الام بينة بعد ذلك على اوليته فتعتقا سادسها ان تدعى الام كما تقدم وينكل عن اليمين فتعتقا سابعها ان تدعى الام اولية الغلام والبنت كبيرة ولم تدع شيئا من الحرية لنفسها وينكل فتعتق الام خاصة ثامنها ان تقيم الام بينة والبنت ساكتة فتعتق الام دونها تاسعها ان تدعيا اوليته وينكل فتعتقا عاشرها ان يقيما بينة باوليته فتعتقا حادى عشرها ان تقيم البنت بينة باوليته والام ساكتة (حينئذ) فتعتق دونها ثانى عشرها ان تدعى كذلك وينكل فتعتق دون امها كما يؤخذ ذلك من البرهان بفتح القدير (قوله عتق نصف الام والبنت) كذا فى الجامع الصغير من غير خلاف والمذكور لمحمد فى الكيسانيات فى هذه المسئلة انه لا يحكم بعتق واحدة وصحح فى النهاية ما فى الكيسانيات وحقيقته ابطال قول ابى حنيفة وابى يوسف مع انه لم ترد عنهما رواية شاذة تخالف ذلك الجواب كذا فى الفتح (قوله اى شهد رجلان على زيد بعتق احد مملوكيه لغت) يشير الى انهما او شهدا بعد موته انه قال فى صحته احدكما حر تقبل وهو الاصح اعتبارا للشيوع كما فى الفتح (قوله واديا الشهادة فى مرض موته الخ) اقول نص الامام الاعظم على انها لا تقبل هذه الشهادة فى حال الحياة ولا وجه لما جعله شارح الهداية وجها لقبولها حال الحياة وقد بينته برسالة مهمة

لعبديه احدكما حر فباع احدهما او مات احدهما او دبره او استولد احدى امتيه بعد ذلك القول او وهب احدهما او تصدق به وسلم فكل ذلك بيان ان المراد هو الآخر فان من حصل له الانشاء لم يبق محلا للعتق اصلا بالموت وللعتق من جهته بالبيع وللعتق من كل وجه بالتدبير والاستيلاد فتعين الآخر والهبة بالتسليم والصدقة به بمنزلة البيع لانه تمليك (لا وطء فيه) اى لا يكون الوطء بيانا فى عتق مبهم يعنى او قال لامتيه احداكما حرة ثم جامع احداهما لم يكن بيانا عنده وعندهما بيان لان الوطء لا يحل الا فى الملك فصار الاقدام عليه دليل الاستبقاء وله ان الملك ثابت فيهما ولهذا كان له ان يستخدمهما وكان له الارش لو اجنى عليهما والمهر اذا وطئتا بشبهة لان العتق المبهم معلق بالبيان والمعلق بالشرط لا ينزل قبله (وباول ولد) اى بقوله لامته اول ولد (تلدينه لو) كان (ابنا) اشار بزيادة لو فى العبارة الى ان عبارة الوقاية لا تستقيم بدونها (فانت حرة ان ولدت ابنا وبنتا ولم يدر الاول عتق نصف الام و) نصف (البنت والابن عبد) لان كلا من الام والبنت يعتق فى حال وهو ما اذا ولدت الغلام اول مرة الام بالشرط والبنت بتبعيتها لكونها حرة حين ولدتها وترق فى حال وهو ما اذا ولدت البنت اولا لعدم الشرط فيعتق نصف كل واحدة وتسعى فى النصف واما الابن فيرق فى الحالين (شهدا) اى شهد رجلان على زيد (بعتق احد مملوكيه) عبدين كانا او امتين (لغت الشهادة فى الصورتين) عند ابى حنيفة اما فى الاولى فلان الشهادة على عتق العبد لا تقبل بلا دعوى العبد عنده ولا دعوى منه ههنا لكونه مجهولا وعندهما تقبل بلا دعوى فلا تلغو واما فى الثانية فلان الدعوى وان لم يكن شرطا فى حق الامة لكن الشهادة على العتق المبهم مردودة كما فى احد العبدين (الا ان تكون) شهادتهما (فى وصية) قال فى الهداية اذا شهدا انه اعتق احد عبديه فى مرض موته او شهدا على تدبيره فى صحته او مرضه واديا الشهادة فى مرض موته او بعد الوفاة تقبل استحسانا لان التدبير

حينئذ وقع وصية وكذا العتق في مرض الموت وصية والخصم في الوصية انما هو الموصى وهو معلوم وعنه خلف وهو الوصي او الوارث اقول مراده ان مقتضى القياس ان تلغو هذه الشهادة ايضا لجهالة المدعى لكنها تقبل استحسانا لوجود المدعى تقديرا ومدعى عليه تحقيقا لان هذا وصية والخصم في الوصية هو الموصى لان نفعه يعود اليه فيكون مدعيا تقديرا وعنه خلف يقوم مقامه في الخصومات وغيرها وهو الوصي او الوارث فيكون كل منهما مدعى عليه تحقيقا فكان الموصى ادعى على احدهما حقه واقام الشاهدين فيكون الموصى مدعيا من وجه ومدعى عليه من آخر فاضمحل بهذا الحل ما قال صدر الشريعة الدليل الاول مشكل لان المتنازع فيه ما اذا انكر المولى تدبير احد عبديه او الوارث ينكر ذلك بعد موت المورث والعبدان يريدان اثباته فكيف يقال ان المدعى هو الموصى او نائبه لانا لا نسلم ان المتنازع فيه ما ذكر بل انكار المولى تدبير احد عبديه وارادة العبدين اثباته ليس الا فيما اذا شهدا في صحة المولى على انه اعتق احد عبديه كيف لا وقد قال في الهداية وهذا كله اذا شهدا في صحته على انه اعتق احد عبديه وقال بعده اما اذا شهدا انه اعتق احد عبديه في مرض موته الخ وايضا لم يقل صاحب الهداية ان المدعى هو الموصى او نائبه بل جعل الموصى مدعيا ونائبه مدعى عليه كما ينادي به ما ذكرنا ما قال في غاية البيان لما كان العتق في مرض الموت او التدبير وصية كان المقضى له معلوما لان الخصم في تنفيذ الوصية هو الموصى وهو معلوم وعنه خلف وهو الوصي او الوارث فقبلت الشهادة بخلاف حال الحياة فان الشهادة للعبد لا للمولى لان المولى لا يدعي والعبد الذي وقعت الشهادة له مجهول واعجب من قول صدر الشريعة ما قال في الكافي وتبعه الزيلعي وجه الاستحسان ان العتق في مرض الموت وصية حتى اعتبر من الثلث والتدبير وصية سواء كان في الصحة او في مرض الموت والخصم في تنفيذ الوصية هو الموصى لان وجوب تنفيذ الوصية لحقه ونفعه يعود اليه وانكاره مردود لانه سفه وهو معلوم وعنه خلف وهو الوصي او الوارث فتحقق الدعوى من كل واحد من وصية او وارثه فانه غير صحيح اما اولا فلان انكار المولى ليس في هذه الصورة بل فيما اذا شهدا في صحة المولى كما مر واما ثانيا فلان تحقق الدعوى من الوارث في هذه الصورة غير معقول اصلا لانه اذا قال اعتق مورثي احد عبديه كان اقرارا لا دعوى فلا يحتاج الى الشاهد فليتأمل في هذا المقام فانه من مزالق الاقدام والله الهادي الى سواء السبيل وحسبنا الله ونعم الوكيل (او طلاق مبهم) بأن قال لامرأتيه احداكما طالق فان الشهادة فيه تقبل بلا دعوى لتضمنه تحريم الفرج فيكون حقا لله تعالى فلا يشترط فيه الدعوى اجماعا

باب الحلف بالعتق

(قال ان دخلت هذه الدار فكل مملوك لي يومئذ حر) اي يوم ادخلها (عتق من له وقت الدخول مطلقا) اي سواء لم يكن له مملوك فاشتراه ثم دخل او كان في

(قوله او طلاق مبهم) قال في الهداية ويجبر على ان يطلق احداهن اه ولعل المراد يجبر على البيان لانه ينشئ الطلاق في احداهن

باب الحلف بالعتق

الحلف بالكسر مصدر سماعي وله مصدر آخر اعني حلفا بالاسكان يقال حلف حلفا وحلفا وتدخله التاء للمرة كقول الفرزدق

المزني عاهدت ربي وانني لبين رتاج قائما ومقام
على حلفة لا اشتم الدهر مسلما ولا خارجا من في زور كلام

والمراد بالحلف تعليقه بشرط كما في الفتح (قوله قال ان دخلت) المراد وهو من اهل التنجيز لما قال في البرهان لو قال عبد او مكاتب ما املكه حر فعتق فملك عبدا فهو قن عنده لان من ليس اهلا لتنجيز العتق ليس اهلا لتعليقه وحكما بعتقه لان المعلق بالشرط كالمنجز عند وجوده اه وقال الكمال في باب التدبير او قال العبد او المكاتب اذا اعتقت فكل مملوك املكه حر فعتق فملك مملوكا عتق بخلاف ما لو قال كل مملوك املكه الى خمسين سنة فهو حر فعتق قبل ذلك فملكه لا يعتق عند ابي حنيفة وقالا يعتق اه فليتنبه له فانه دقيق (قوله فهو حر) كذا في الهداية ولا حاجة الى لفظة فهو (قوله وقت الدخول) عدل الى لفظة وقت عن لفظة يوم ليفيد ان لفظ اليوم مراد به الوقت حتى لو دخل ليلا عتق ما في ملكه لانه اضيف الى فعل لا يمتد وهو الدخول في الملك

(قول المحشي قوله فهو حر) كذا بنسخته التي كتب عليها والنسخ التي بايدينا ليس فيها لفظ فهو اه مصححه

(قوله كذا) اى يعتق من فى ملكه دون ما سيملكه اذا قال كل مملوك لى او قال كل ما املكه حر بعد غد فلا يتناول من يشتريه بعد الحلف لان قوله املكه للحال حقيقة يقال انا املك كذا وكذا يراد به الحال ولذا استعمل له من غير قرينة وفى الاستقبال بقرينة السين او سوف فيكون مطلقه للحال فكان الجزاء حرية المملوك فى الحال مضافا الى ما بعد الغد ولا يتناول ما يشتريه بعد اليمين كذا فى الهداية وهو احد المذاهب الثلاثة لاهل العربية اختاره صاحب الهداية لانه مذهب المحققين منهم كذا فى الفتح (قوله حيث يتناول العتق) اى فى صورة قوله كل مملوك لى او املكه حر بعد غد من ملكه مذ حلف فقط ولا يتناول من يشتريه بعده كما قدمناه (قوله والتدبير) اى فى صورة كل مملوك لى او املكه حر بعد موتى من ملكه مذ حلف فقط لا من ملكه بعد الحلف فالذى كان عنده مدبر مطلق لا يصح بيعه بعد هذا القول والذى يشتريه مدبر مقيد يجوز بيعه قبل موت سيده (قوله لان قوله كل مملوك لى للحال) قال الكمال ووجه كون كل مملوك لى حالا ان المختار فى الوصف من اسم الفاعل والمفعول ان ﴿ ١٤ ﴾ معناه قائم حال التكلم بمن نسب اليه على وجه قيامه به او وقوعه عليه واللام للاختصاص اى لاختصاص من جرت معنى متعلقها اليه به اى بمعنى المتعلق وهو مملوك فلزم من التركيب اختصاص ياء المتكلم بالمتصف بالمملوكية للحال وهى اثر ملكه فيلزم قيام ملكه فى الحال ضرورة اتصافه بأثرها فى الحال والا ثبت الاثر بلا مؤثر (قوله لكن بموته) اى موت المولى عتقا من ثلثه فان خرجا منه فيها وان ضاق عنهما يضرب كل منهما فيه بقيمته وهذا ظاهر المذهب عن الكل اى الامام وصاحبيه كما فى الفتح (قوله وقال ابو يوسف رحمه الله لا يعتق من ملكه بعد اليمين) ليس الظاهر عنه بل رواية النوادر عنه نص عليه فى الهداية بقوله وقال ابو يوسف فى النوادر الخ وكذا فى الفتح بعد حكايته ما قدمناه من عتق الجميع فى ظاهر المذهب عن الكل فكان ينبغى للمصنف بيانه (قوله ولهذا صار من كان فى ملكه وقت اليمين مدبرا) اى فى الحال دون الآخر كما فى الفتح (قوله ولهما ان هذا) اى مجموع التركيب لا لفظ املكه فقط كما فى بعض الشروح كذا فى الفتح (قوله والوصية انما تقع بعد الموت) اى انما تقع معتبرة فى التعلق بما بعد الموت لانه يعتبر فى الوصايا الحالة المنتظرة وحالة الراهنة حتى تعلقت بما كان موجودا وما سيكون للموصى) قوله قيد بالذكر الخ) قال الكمال هذا بناء على ان لفظة مملوك اسم الذات متصفة بالمملوكية وقيد التذكير ليس جزء المفهوم وان كان التأنيث جزء مفهوم مملوكة فيكون مملوك اعم من مملوكة فالتأنيث فيه عدم الدلالة على التأنيث لا الدلالة على عدم التأنيث واما ان الاستعمال استمر فيه على الاعمية فوجب اعتباره كذلك اه

ملكه فى مملوك يوم حلفه فيبقى على ملكه حتى دخل لان المعتبر قيام الملك وقت الدخول وهو حاصل فيهما (وبلا يومئذ من له يوم حلفه فقط) اى ان لم يقل فى يمينه يومئذ بل قال ان دخلت الدار فكل مملوك لى حر لا يعتق من ملكه بعد اليمين لان قوله كل مملوك لى للحال والجزاء حرية المملوك فى الحال الا انه بدخول الشرط عليه تأخر الى وجود الشرط فيعتق اذا بقى على ملكه الى وجود الشرط وهو الدخول ولا يتناول من اشتراه بعده لعدم الاضافة الى الملك نحو ان ملكت او سببه نحو ان اشتريت (كذا) اى اذا قال (كل مملوك لى او) قال كل (ما املكه حر بعد غد) وله فى الصورتين مملوك فاشترى آخر ثم جاء بعد غد (او) قال كل مملوك لى او ما املكه حر (بعد موتى) وله مملوك فاشترى آخر حيث (يتناول) العتق والتدبير (من ملكه مذ حلف فقط) ولا يتناولان من يشتريه بعد اليمين لان قوله كل مملوك لى للحال وكذا كل مملوك املكه ولهذا يستعمل فيه بلا قرينة وفى الاستقبال بقرينة السين او سوف فينصرف مطلقه الى الحال فكان الجزاء حرية المملوك او تدبيره فى الحال فلا يتناول ما يشتريه بعد اليمين (لكن بموته) اى بموت المولى (عتقا) اى من ملك بعد اليمين وقبله (من ثلثه) وقال ابو يوسف رحمه الله تعالى لا يعتق من ملكه بعد اليمين لان اللفظ حقيقة للحال كما مر فلا يتناول ما سيملكه ولهذا صار من كان فى ملكه وقت اليمين مدبرا دون الآخر ولهما ان هذا ايجاب عتق بطريق الوصية حتى اعتبر من الثلث والوصية انما تقع بعد الموت ويكون المقصود منها حال الموت الا يرى ان من اوصى بثلث ماله وليس له مال او كان له مال واستحدث غيره يتناولهما اذا بقيا فى ملكه الى الموت (المملوك) اى لفظ المملوك (لا يتناول الحمل) لان متناوله المملوك المطلق والحمل مملوك تبعا للام ولهذا لم يصح اعتاقه عن كفارة اليمين ولانه عضو من وجه واسم المملوك يتناول الانفس لا الاعضاء (فلا يعتق حمل جارية من قال كل مملوك لى ذكر فهو حر) قيد بالذكر لانه لو اطلق عتقت الام فيعتق الحمل تبعا

(٧)

(و) المملوك (لا) يتناول (المكاتب) ايضا لانه ليس بمملوك مطلقا لانه مالك يدا

باب العتق على جعل

هو بالضم ما يجعل للانسان من شيء على شيء يفعله وكذا الجعالة بالكسر (اعتق) عبده (على مال او به) بان قال انت حر على الف درهم او بألف درهم (فقبل) العبد (عتق) لانه معاوضة المال ولو بغير المال اذ العبد لا يملك نفسه ومقتضى المعاوضة ثبوت الحكم بقبول العوض كما في البيع فاذا قبل صار حرا (والمال) الذي شرط (دين) صحيح (عليه) لكونه دينا على حر (حتى يكفل به) ولو لم يكن صحيحا لما صحت الكفالة به (بخلاف بدل الكتابة) حيث لم تصح الكفالة به لانه يثبت مع المنافي وهو قيام الرق كما سيأتي والمال يتناول النقد والعرض والحيوان وان لم يعين لانه لما كان معاوضة المال بغير مال شابه النكاح والطلاق والصلح عن دم العمد وكذا الطعام والمكيل والموزون اذا علم جنسه ولا تضره جهالة الوصف لانها يسيرة (المعلق عتقه بالاداء) بان قال مولاه ان اديت الي الف درهم فانت حر (مأذون) اي عبد مأذون لا يعتق الا باداء المال (لا مكاتب) لانه صريح في تعليق العتق بالاداء وانما صار مأذونا لان المولى رغبه في الاكتساب بطلبه الاداء منه ومراده التجارة لا التكدي فكان اذنا له دلالة (فجاز بيعه) اي اذا كان عبدا مأذونا معلقا عتقه بالاداء لا مكاتبا جاز للمولى ان يبيعه بخلاف المكاتب (ولا يكون) العبد (احق بمكاسبه) حتى جاز للمولى اخذها منه بلا رضاه بخلاف المكاتب (ولا يسري) اي حكمه (الى) الولد (المولود قبل الاداء) كما يسري في المكاتب (وعتق) العبد (باداء كله) لوجود المعلق به (ولو) كان اداؤه (بالتخلية) بينه وبين المولى يعني ان العبد اذا حضر المال بحيث يتمكن المولى من قبضه وخلى بينه وبين المال اجبره الحاكم ونزله قابضا وحكم بعتق العبد قبض او لا (وببعضه لا) اي باداء بعض المال لا يعتق لانتفاء المعلق به (ولو اجبر) المولى (على القبول) اعتبارا للجزء بالكل (فان كان) المال الذي اداه (مما كسبه قبل التعليق رجع به المولى عليه) لانه

(قوله ولا المكاتب) قال الكمال خلافا لزفر ولا يدخل المملوك المشترك كالجنين الا ان يعنيهم ولا عبيد عبده التاجر وهو قول ابي يوسف الا ان ينويهم سواء كان على العبد دين ام لم يكن وفي قول محمد يعتقون نواهم او لا عليه دين او لا وعلى قول ابي حنيفة ان لم يكن عليه دين عتقوا اذا نواهم والا فلا وان كان عليه دين لم يعتقوا ولو نواهم اه والله اعلم بالصواب ﴿باب العتق على جعل﴾ (قوله الجعل ما يجعل للانسان الخ) كذا الجعيلة (قوله وكذا الجعلة بالكسر) كذا في الصحاح وفي ديوان الادب بالفتح فيكون فيه وجهان كذا في الفتح وقال في البحر الجعائل جمع جعيلة او جعالة بالحركات بمعنى الجعل كذا في المغرب والمراد هنا العتق على مال اه (قوله اعتق على مال او به فقبل العبد) يعني في مجلس علمه او مجلسه بخلاف ما اذا علق عتقه بأدائه كما سنذكر وليس له القبول بعده ولا بد من قبوله الكل فلم يجز عند الامام ﴿١٥﴾ ، بعضه وقالا يجوز ويعتق كله بالالف بناء على تجزي الاعتاق وعدمه كما في البحر (قوله لانه لما كان معاوضة المال بغير مال شابه النكاح) اي في ان الجهالة اليسيرة مغتفرة (قوله بان قال مولاه ان اديت الي الف درهم فانت حر) فيه تسامح لانه لا يقتضي الحصر بذلك اذ جميع ادوات الشرط كذلك وقيد الجواب بالفاء اشارة الى انه يتنجز عتقه اذا قاله بالواو او لم يأت بحرف عطف لكونه ابتداء لا جوابا كما في البحر (قوله مأذون) لم يشترط قبوله هنا اي فيما اذا علق عتقه بادائه اذ لا يحتاج اليه ولا يبطل بالرد كما في التبيين بخلاف المسألة السابقة وهي ما اذا قال له انت حر على الف (قوله بخلاف المكاتب الخ) بقي مسائل اخرى يخالف فيها المكاتب اذا مات العبد وترك مالا لا يؤدى منه عنه ولو مات السيد وفي يد العبد كسب باع ولو كانت امة وادت لم يعتق ولدها تبعا ولو حط عنه المولى بعض البدل وادى الباقي لا يعتق ويقتصر على المجلس ان علق بان فلو اعرض او اخذ في عمل آخر فادى لا يعتق وللمولى اخذ ما ظفر به من كسبه قبل اداء بدله واذا فضل عن بدله شيء بعد ادائه اخذه المولى كذا في فتح القدير وزاد صاحب البحر ما اذا قال سيده ان اديت الي الفا في كيس ابيض فاداها في اسود لا يعتق واذا قيد اداءه بشهر واداه في غيره لم يعتق وفي المكاتب لا يبطل الا بالحكم او التراضي ولو امر غيره بالاداء فادى لا يعتق اه (قوله ولو اجبر المولى على القبول) كذا في الهداية وهو المذكور في الايضاح وهو وجه الاستحسان والاوجه وذكر شيخ الاسلام انه لا يجب قبوله لان وجوب قبول الكل لتحقق شرط العتق وليس كذلك البعض ووجه الاستحسان دفع الضرر عن العبد لانه قد يعجز عن الاداء دفعة ويتحمل مشقة الاكتساب الا لذلك الغرض كذا في الفتح

(قوله اواداء المال بالمجلس) مصدر مضاف لمفعوله وفاعله العبد لاختصاص الاداء بنفسه لما قال فى البحر عن المحيط لو امر غيره بالاداء فادى لا يعتق لان الشرط اداؤه ولم يوجد فلا حاجة الى اداء غيره لانه قادر على ادائه بخلاف الكتابة لانها معاوضة حقيقة فيها معنى التعليق فكان الاصل فيها المعاوضة وحصول البدل هو المقصود فيها (قوله واعتقه الوارث) كذا قال صاحب الهداية عن المشايخ لا يعتق ما لم يعتقه الورثة وزاد غيره او الوصى او القاضى ان امتنعوا وتوقف عتقه على الاعتاق هو الاصح وقيل يعتق بلا اعتاق والوارث يملكه عتقه تنجيزا وتعليقا والوصى يملكه تنجيزا فقط ولو اعتقه الوارث عن كفارة عليه وقع عن الميت لا عن الكفارة والولاء للميت لا للوارث من الفتح والبحر (قوله يعنى ان هذه الخلافية مبنية على خلافية اخرى) قال الكمال ولا يخفى ان بناء هذه على تلك ليس باولى من عكسه بل الخلاف فيهما معا ابتدائى اه (قوله واما اذا قال ان خدمتنى كذا مدة الخ) قدم المصنف انه ان علق بان تقيد اداؤه بالمجلس ولعل الفرق ان اداء المال ممكن فى المجلس فيتقيد به والخدمة سنة لا يمكن تحصيلها فيه فلم يقتصر على المجلس ولو عقلها بان فلينظر (قوله وابت) اى امتنعت الامة عن النكاح عتقت اشارة الى انه لا يجب عليها شئ ولا يلزمها تزوجه لانها ملكت نفسها بالعتق (قوله لان اشتراط البدل على الاجنبى جائز فى الطلاق لا فى العتاق) قال الكمال لان الاجنبى فى الخلع كالمرأة لم يحصل لها ملك ما لم تكن تملكه بخلاف العتق فانه يثبت للعبد فيه قوة حكمية هى ملك البيع والشراء وغير ذلك ولا يجب العوض الا على من حصل له المعوض اه (قوله كامر) كذا فى الهداية حيث قال وقد قررناه من قبل اه وقال الكمال يعنى فى خلع الاب ابنته الصغيرة لكنه لم يذكر ان اشتراط بدل العتق على الاجنبى غير صحيح اه

ملك المولى (واو) كان مما كسبه (بعده) اى بعد التعليق (لا) يرجع لانه مأذون من جهته بالاداء منه (وعتق فى حاليه) اى حال ادائه من كسبه قبل التعليق او بعده او جود الشرط (فان علق) المولى (بان) فقال ان اديت الخ (تقيد اداؤه) اى اداء العبد او اداء المال (بالمجلس) فان ادى فيه عتق والا فلا لانه تخيير كامر فى الطلاق (وباذا لا) يتقيد به لانه يستعمل للوقت كمتى كامر (قال) المولى (انت حر بعد موتى بالف ان قبل) العبد (بعده) اى بعد موته (واعتقه الوارث عتق به) اى بالالف (والا) اى وان لم يقبل العبد العتق بالالف بعده او قبل ولم يعتقه الوارث (فلا) اى لا يعتق بالالف وان جاز ان يعتقه الوارث مجانا اعتبر القبول بعد الموت لان ايجاب العتق اضيف الى ما بعد الموت ولا يعتبر وجود القبول قبل وجود الايجاب فصار كقوله انت طالق غدا ان شئت حيث لا يعتبر مشيئتها قبل غد واعتبر اعتاق الوارث حتى ان العبد ان قبل بعد الموت لا يعتق ما لم يعتقه الوارث لان الميت ليس باهل للاعتاق لان العتق ليس بمعلق بالموت ففى مثله لا يعتق الا باعتاق الوارث كما لو قال انت حر بعد موتى بشهر بخلاف المدبر لان عتقه تعلق بنفس الموت فلا يشترط فيه اعتاق احد (حرره على خدمته سنة فقبل عتق) لان الاعتاق على شئ يقتضى وجود القبول لا وجود المقبول كسائر العقود صورته ان يقول اعتقتك على ان تخدمنى كذا سنة واما اذا قال ان خدمتنى كذا مدة فانت حر لا يعتق حتى يخدمه لانه معلق بشرط والاول معاوضة (ولزمته) اى لزمت الخدمة العبد اذ سلم له المبدل فلزم عليه تسليم البدل (فان مات هو) اى العبد (او مولاه قبلها) اى قبل الخدمة (تجب قيمته عليه) وتؤخذ من تركته ان كان الميت هو العبد عند ابى حنيفة وابى يوسف وعند محمد عليه قيمة الخدمة فى المدة (كبيع عبد منه بعين فهلكت) العين (تجب قيمته) اى قيمة العبد يعنى ان هذه الخلافية مبنية على خلافية اخرى وهى ما لو قال لعبده بعت نفسك منك بهذه العين فهلكت العين تجب قيمة العبد عندهما وقيمة العين عند محمد له انه معاوضة مال بغير مال لان نفس العبد ليس بمال فى حقه اذ لا يملك نفسه فصار كما لو تزوج امرأة على عبد فاستحق فانها ترجع عليه بقيمة العبد لا بقيمة البضع وهو مهر المثل ولهما انه معاوضة مال بمال لان العبد مال فى حق المولى وكذا المنافع صارت مالا بايراد العقد عليها فصار كما لو اشترى اباه بامة فهلكت قبل القبض او استحقت فان البائع يرجع عليه بقيمة الاب لا بقيمة الامة (قال) رجل لمولى امة (اعتقها بالف على ان تزوجنيها ان فعل) اى اعتقها المولى (وابت) اى امتنعت الامة على النكاح (عتقت) الامة (ولا شئ عليه) اى على القائل لان اشتراط البدل على الاجنبى جائز فى الطلاق لا العتاق كامر (ولو ضم) القائل (عنى) وقال

اعتقها عني بالف على على ان تزوجنيها (قسم) الألف (على قيمتها ومهر مثلها فحصة القيمة عليه وحصة المهر تسقط) فما اصاب القيمة اداه الآمر وما اصاب المهر سقط لانه لما قال عني تضمن الشراء اقتضاء كما مر في آخر باب نكاح الرقيق فاذا كان كذلك فقد قابل الالف بالرقبة شراء وبالبضع نكاحا فانقسم عليهما ووجب عليه حصة ما سلم له وهو الرقبة وبطل عنه حصة ما لم يسلم له وهو البضع ولم يبطل البيع باشتراط النكاح لانه يقتضي صحة العتق عنه فيكون مدرجا فيه فلا يراعى فيه شرائطه بل شرائط المقتضي وهو العتق كما تقرر في الاصول فلهذا وجب عليه حصته من الالف المسمى ولو كان فاسدا لوجب عليه القيمة فلو لم تأب الامة بل (تزوجت) من القائل (فمهرها حصة مهر المثل منه) اي من الالف وهو ثلث الالف (في صورتي الضم) اي ضم عني (وتركه) ولو اعتق امته على ان تزوجه نفسها فزوجته نفسها كان لها تزلها مهر مثلها عند ابي حنيفة ومحمد لان العتق ليس بمال فلا يصلح للمهر وعند ابي يوسف يجوز لانه صلى الله عليه وسلم اعتق صفية ونكحها وجعل عتقها مهرها قلنا كان النبي صلى الله عليه وسلم مخصوصا بالنكاح بغير مهر فان ابت فعليها قيمتها في قولهم جميعا وكذا لو اعتقت المرأة عبدا على ان يتزوجها فان فعل فلها مهر مثلها وان ابى فعليه قيمته

باب التدبير

هو لغة النظر في عاقبة الامر فكان المولى نظر في عاقبة امره فأخرج عبده الى الحرية بعده وشرعا يستعمل كل من لفظ التدبير والمدبر في المطلق والمقيد والظاهر ان اشتراكه بينهما معنوي لان اللفظي يحتاج الى تعدد الوضع وهو خلاف الظاهر فلا يصار اليه بلا دليل وليس فليس فلابد ههنا من بيان ذلك المعنى المشترك اولا ثم تقسيمه الى ذينك القسمين وبيان احكام كل منهما كما وقع ههنا حيث قلت (هو تعليق العتق بالموت) اي تعليق المولى عتق مملوكه بالموت سواء كان موته او موت غيره كما سيأتي في المدبر المقيد ثم قسمته الى قسمين وبينت احكامهما ومما يؤيد كون اشتراكه معنويا قول الامام شمس الائمة في المبسوط التدبير عبارة عن العتق

(قوله قسم الالف على قيمتها ومهر مثلها) طريق القسمة ان تضم قيمة الامة الى مهر مثلها وتقسم عليهما الالف التي اشترطها الاجنبي فاما ان يتساوى القيمة ومهر المثل فيجب عليه نصف الذي سماه للمولى ويسقط عنه النصف واما ان يتفاوتا بأن كان قيمتها مثلا الفين ومهر مثلها الفا فيجب للمولى ثلث الالف ويسقط ثلثاها وهكذا مثل ان تكون قيمتها ثلاثة آلاف ومهرها الفا يجب ربع الالف كما يعلم بفتح القدير (قوله فلو لم تأب الامة فمهرها حصة مهر المثل منه) اي ويجب لها دون المولى لانه بدل بضعها وقد ملكته بالاعتاق (قوله وهو ثلث الالف) لا يكون لها ثلث الالف الا في صورة ما اذا كان قيمتها الفين ومهر مثلها الفا اما اذا تساوى القيمة ومهر المثل فيكون لها نصف الالف وان كان قيمتها ثلاثة آلاف ومهر المثل الفا وجب لها ربع الالف فلا يختص بما قيده به المصنف فكان تركه ما ينبغي (قوله في صورتي الضم اي ضم عني وتركه) لكنه في صورة الضم يستحق المولى ما يخص القيمة ويسقط عن القائل في تركه الضم (قوله ولو اعتق امته على ان تزوجه نفسها) شامل المدبرة والمكاتبة دون ام الولد لان قوله فان أبت فعليها قيمتها في قولهم جميعا لا يشمل ام الولد لما قال في البحر عن الخانية ام الولد اذا اعتقها مولاها على ان تزوج نفسها منه فقبلت عتقت فان ابت ان تزوج نفسها منه لا سعاية عليها اه

باب التدبير

(قوله وشرعا يستعمل كل من لفظ التدبير والمدبر في المطلق والمقيد) خلاف ظاهر كلام عامة ائمتنا حيث قصروه شرعا على المدبر المطلق فلم يستعملوه في المقيد كما قال المحقق ابن الهمام التدبير شرعا العتق الموقع بعد الموت في المملوك معلقا بالموت مطلقا لفظا او معنى اه ولما كانت عبارة المبسوط تخالف ذلك اعترضها الزيلعي والعيني حيث قالا بعد سياقهما قول الكنز هو تعليق العتق بمطلق موته اي موت المالك وفي المبسوط التدبير عبارة عن العتق الموقع في المملوك بعد موت المالك وما قاله الشيخ اي صاحب الكنز احسن لان الثاني يرد عليه (درر ٣ ني) المدبر المقيد بأن قال ان مت من سفري او مرضي هذا او مرضي كذا ونحو ذلك مما ليس بمطلق واحترز الشيخ عنه بقوله بمطلق موته اه فهذا يوضح انه شرعا ليس الا للمطلق لان السببية في المقيد لم تنعقد في الحال للتردد في وقوع تلك الصفة ولا يثبت له حكم التدبير الا في آخر جزء من اجزاء حياة سيده لتحقق تلك الصفة فاذا ذاك يصير مدبرا وسيذكره المصنف انه اذا انتفى معنى السببية لتردده بين الثبوت والعدم بقي تعليقا كسائر التعليقات (قوله سواء كان موته او موت غيره) يعارضه قول صاحب البحر خرج بتعليقه بموته تعليقه بموت غيره كقوله ان مات فلان فأنت حر فانه لا يصير مدبرا اصلا لا مطلقا ولا مقيدا فاذا مات فلان عتق من غير شيء اه (قوله ومما يؤيد كون اشتراكه معنويا قول الامام شمس الائمة في المبسوط) علمت اعتراض الزيلعي والعيني عليه وان كلام صاحب الكنز احسن فالاعتراض على الكنز وشارحه وصدر الشريعة غير مسلم

(قوله ثم يرد على المبسوط ايضا ان قوله بعد موت المالك ليس كما ينبغي لخروج المعلق بموت الغير من المقيد) الايراد ساقط بما نقلناه عن البحر ان المعلق عتقه بموت غير سيده ليس مدبرا اصلا (قوله او انت حر يوم اموت) هذا اذا لم ينو النهار فقط اذ لو نواه دون الليل لا يكون مدبرا مطلقا لاحتمال ان يموت بالليل كما في التبيين (قوله او انت حر ان مت الى مائة سنة الخ) هذا عند الحسن بن زياد وقال ابو يوسف ليس بمطلق لان العبرة للتوقيت ولا ينظر الى طول المدة او قصرها كما في التوقيت

في النكاح والمختار هو الاول كذا في التبيين وعليه مشى في الهداية وعلله بأنه كالكائن لا محالة اه وقال الكمال والمصنف اى صاحب الهداية كالمتناقض فانه في النكاح اعتبره توقيتا وابطل به النكاح وهنا جعله تأبيدا موجبا للتدبير اه وقال صاحب البحر قد يجاب عنه بانه في باب النكاح اعتبره توقيتا لنهى عن النكاح المؤقت فالاحتياط في منعه تقديما للمحرم على المبيح لان النظر الى الصورة يحرمه والى المعنى يبيحه واما هنا فنظر الى التأبيد المعنوى ولا مانع منه فالاصل اعتبار المعنى مالم يمنع مانع فلا تناقض ولذا كان هو المختار وان كان الولوالجي جزم بأنه ليس بمدبر مطلق تسوية بينه وبين النكاح اه (قوله لبقاء الملك في الجملة) فيه تأمل لعتقها بقوله كل مملوك لي حر (قوله ويسعى في كله لو مديونا) يعني مستغرقا رقبة المدبر اما لو كان دونه فانه يسعى في قدر الدين والزيادة على الدين ثلثها وصية ويسعى في ثلثي الزيادة كذا في البحر عن شرح الطحاوى وسيأتي في كلام المصنف بيان قيمة المدبر (قوله ولا يمكن نقض العتق فيجب رد قيمته) يعني لوجود العتق المعلق بوجود شرطه فلا يتوقف عتقه على اداء السعاية وتثبت له احكام الاحرار ومن قال انه يبقى على حكم الارقاء الى اداء السعاية لم يحرر الحكم ولنا فيه رسالة سميتها ايقاظ ذوى الدراية لوصف من كلف السعاية (قوله وولد المدبرة مدبر) يعني المدبرة تدبيرا مطلقا اما ولد المدبرة مقيدا فلا يكون مدبرا كما في الفتح (قوله لاجماع الصحابة) يعني الاجماع السكوتي كما في الفتح (قوله او مات فلان) قدمنا انه لا يكون مدبرا اصلا بل معلقا عتقه بشرط (قوله ويعتق من الثلث ان وجد الشرط) شامل المعلق عتقه بموت فلان كما ذكره واذا مات فلان والسيد حي كيف يحكم بالعتق من الثلث

الواقع في المملوك بعد موت المالك فعلم من هذا ان قول الكنز هو تعليق العتق بمطلق موته وقول شارحه الزيلعي احترز الشيخ عن المدبر المقيد بقوله بمطلق موت المولى ولفظ الوقاية من اعتق عن دبر مطلقا وقول شارحه صدر الشريعة انما قال مطلقا احترازا عن المقيد ليس كما ينبغي ثم يرد على المبسوط ايضا ان قوله بعد موت المالك ليس كما ينبغي لخروج المعلق بموت الغير عن المقيد اللهم الا ان يقال كلامه مبني على الاعم الاغلب وما ذكر نادر الوقوع (وهو اما مطلق كاذا مت فأنت حر او انت حر يوم اموت او انت حر عن دبر مني او انت مدبر او دبرتك او) انت (حر ان مت الى مائة سنة) اى ان مت من هذا الوقت الى مائة سنة (وغلب موته قبلها) بان يكون ابن ثمانين سنة مثلا فانه في هذه الصورة مقيد وفي المعنى مطلق لان الغالب ان يموت قبل هذه المدة ثم بين حكم المطلق بقوله (فلا يرهن ولا يخرج من الملك) ببيع او هبة او نحوهما (الا بالاعتاق او الكتابة) وعند الشافعي يجوز انتقاله من ملك الى ملك (ويستخدم ويستأجر) والامة توطأ وتنكح والمولى احق بكسبه وارشه ومهر المدبرة لبقاء الملك في الجملة (وبموته) اى موت المولى (يعتق) المدبر (من الثلث ويسعى في ثلثيه ان لم يترك) المولى (غيره) من المال (وله وارث) اى والحال ان للمولى وارثا (ولم يجزه) اى التدبير حتى لو لم يكن له وارث او كان لكنه اجازه يعتق كله لانه في حكم الوصية فيقدم على بيت المال ويجوز باجازة الوارث (و) يسعى (في كله) اى كل قيمته (لو) كان المولى (مديونا ولا يمكن نقض العتق فيجب رد قيمته (وولد المدبرة مدبر) لاجماع الصحابة ولانه يتبعها (واما مقيد) عطف على اما مطلق (كان مت في سفري هذا او مرضي هذا او مات فلان او مت الى سنة او نحوها) اى عشر سنين مثلا (مما يقع غالبا) هذه العبارة احسن من عبارة الوقاية مما يمكن غالبا (فيباع ويوهب ويرهن) فان الموت على تلك الصفة ليس كائنا لا محالة فلا ينعقد سببا في الحال واذا انتفى معنى السببية لتردده بين الثبوت والعدم بقي تعليقا كسائر التعليقات فلا يمنع البيع ونحوه قبل وجود الشرط (ويعتق من الثلث ان وجد الشرط) لان الصفة لما صارت متعينة في آخر جزء من اجزاء الحياة اخذ حكم المدبر المطلق لوجود الاضافة الى الموت وزوال التردد (صحيح قال) لعبده (انت حر قبل موتي بشهر فمات بعد شهر عتق من كل ماله) يعني رجل صحيح قال لعبده هذا الكلام ثم مات بعد شهر قال بعضهم يعتق

(قوله لان العتق على قول ابي حنيفة يستند الى اول شهر قبل الموت الخ) كذا علله الكمال وبوضحه ماقاله اى الكمال فى باب الاستيلاد التدبير سبب للعتق فى الحال وثبوت سببيته فى الحال على خلاف القياس فى سائر التعليقات لضرورة هى ان تأخيره كغيره من التعليقات يوجب بطلانه لان مابعد الموت زمان زوال اهلية التصرف فلا يتأخر سببية كلامه اليه فينقدر بقدر الضرورة اه (قوله كذا فى الخانية) نقله فى البحر عنها ايضا ثم نقل من المجتبى انه اذا مضى شهر فأكثر المشايخ على انه يجوز بيعه وهو الاصح اه وقال فى البدائع ذكر فى الجامع انه اذا مضى شهر قبل موت المولى لايكون مدبرا ويجوز بيعه ولم يذكر الخلاف وهو الصحيح وذكر وجهه قلت وينبغى تقييد صحة بيعه بأن يعيش المولى بعد البيع اكثر من شهر لينتفى المحل للعتق حال المدة التى يليها موت المولى تأمل (قوله او قال انت حر بعد موتى بشهر فمات بعده) ﴿ ١٩ ﴾ لفظة بعده زائدة لاحاجة اليها (قوله بل يعتقه الوصى او الوارث او القاضى) اى بعد مضى المدة ويعتقه القاضى اذا امتنع الوارث (قوله قيمة المدبر المطلق نصف قيمته لو كان قنا) هو المختار كما فى البحر عن الولوالجى واختاره الصدر الشهيد (قوله وقيل ثلثا قيمته لو كان قنا) هو المفتى به كذا فى البحر ايضا

من ثلث ماله وقال بعضهم يعتق من جميع ماله وهو الصحيح لان العتق على قول ابى حنيفة يستند الى اول شهر قبل الموت وهو كان صحيحا فى ذلك الوقت كذا فى الخانية (او مات قبله) اى قبل شهر (لم يعتق) لانه مدبر مقيد والقيد لم يوجد (ولو قال انت حر بعد موتى بشهر فمات بعده) لايعتق بالموت لعدم اهلية المولى للاعتاق عند وجود المعلق به (بل يعتقه الوصى او الوارث او القاضى) لانتقال الولاية بعده اليهم كذا فى التحفة (قيمة المدبر (المطلق نصف قيمته لو) كان (قنا والمقيد يقوم قنا) اختلفوا فى قيمة المدبر قيل قيمته نصف قيمته لو كان قنا وقيل ثلثا قيمته لو كان قنا وقيل ينظر بكم يستخدم مدة عمره من حيث الحزر والظن فيجعل قيمته ذلك وقال الفقيه ابو الليث نصف قيمته لو كان قنا وهكذا ذكره الشيخ الامام المعروف بخواهر زاده لان للقن منفعتين منفعة البيع وما شاكلها من التمليك بالدين والامهار وغير ذلك والثانية منفعة الاجارة والاستخدام والتدبير فتفوت الاولى وتبقى الثانية فتكون قيمته نصف قيمته لو كان قنا ولو كان التدبير مقيدا يقوم قنا كذا فى الخانية

باب الاستيلاد

هو لغة طلب الولد وشرعا طلب المولى الولد من امته بالوطء (امة) مبتدأ خبره قوله الآتى لم تملك (ولدت من مولاها باقراره) اى باقرار المولى بان الولد منه (ولو كان اقراره حال كونها (حاملا) بان يقول حمل هذه الامة منى (او) ولدت (من زوجها) بأن زوجها المولى من رجل فولدت منه (فاشتراها) الزوج (لم تملك) اى لم تكن مملوكة ملكا تاما وان بقى فيها الملك فى الجملة (وحكمها) اى حكم المستولدة (كالمدبرة) وقدمر (لكنها) اى لكن الفرق بينهما ان المستولدة ان (تعتق بموته من الكل) والمدبرة من الثلث (ولم تسع لدينه) والمدبرة تسعى (فان ولدت ولدا آخر ثبت نسبه بلادعوة) اذ بدعوة الاول تعين الولد مقصودا منها فصارت

باب الاستيلاد

سببه عند علمائنا الثلاثة ثبوت نسب الولد شرعا وقال زفر ثبوت النسب مطلقا سواء ثبت شرعا او حقيقة فلو ملك من اقر بأمومة ولدها من زناها وصدقه مولاها لم تصر ام ولده عندنا وهو استحسان والقياس تصير وهو قول زفر بدليل انه لو ملك الولد عتق عليه بلا خلاف بين اصحابنا كما فى البدائع (قوله هو لغة طلب الولد) اى مطلقا وام الولد تصدق لغة على الزوجة وغيرها ممن لها ولد ثابت النسب وغير ثابت نسب كما فى الفتح (قوله وشرعا طلب المولى لولد من امته) يشير الى انه من الاسماء التى خرجت من العموم الى الخصوص كالتيمم والحج وانما قال من امته وان كان حكم المشتركة ومن ولدت بنكاح فلكها كذلك نظر الغالب وحمل الحال على الصلاح لان ام الولد هى التى ثبت نسب ولدها من مالك كلها او بعضها (قوله باقراره) شامل لاقرار المريض مرض الموت لكنه اذا لم يكن معها ولد ولا بها حبل منه تعتق من الثلث باقرار المريض كما فى البحر (قوله لم تملك) قال الزيلعى اى لايجوز تمليكها وهو الصواب خلاف قول المصنف اى لم تكن مملوكة ملكا تاما وان بقى فيها الملك فى الجملة ويناقضه ماقدمه فى كتاب الاعتاق ان الملك فيها كامل وهو الصواب وكما سيذكره فى الايمان ان لفظ المملوك يتناول ام الولد فتعتق بقوله كل مملوك لى حر لثبوت الملك اه اى الملك الكامل لقول الزيلعى ان المطلق ينصرف الى الكامل وملكه كامل للمدبر وامهات الاولاد بخلاف المكاتب لان الملك فيه ناقص اه (قوله وحكمها كالمدبرة) منه انها تعتق ببيعه خدمتها منها كبيع العبد من نفسه كما فى الفتح (قوله لكنها تعتق بموته من الكل) يعنى الا اذا اقر بأنها ام ولده وليس معها ولد ولا بها حبل فى مرض موته فانها تعتق من الثلث كما قدمناه (قوله فان ولدت ولدا آخر ثبت نسبه بلا دعوة اذ بدعوة الاول تعين الولد مقصودا منها فصارت

فراشا) كما فى الهداية وقال الكمال وبهذا تبين ان الاولى فى تعريف الفراش كون المرأة مقصودا من وطئها الولد ظاهرا كما فى
ام الولد وهو الذى عرفوا به الفراش وظهر ان ليس الفراش ثلاثة كما تقدم فى فصل المحرمات بل فراشان قوى هو فراش
المنكوحة وضعيف وهو فراش ام الولد فانتفى ولدها بمجرد النفى وولد المنكوحة باللعان وقد صرح المصنف اى صاحب الهداية
فيما تقدم ان الامة ليست بفراش اولا هو ذلك لعدم صدق حد الفراش عليها وهو كون المرأة معينة لثبوت نسب ما تأتى به او كونها بقصد
بوطئها الولد اه والذى تقدم فى المحرمات هو مثل ما فى البدائع الفراش ثلاثة قوى وهو فراش المنكوحة حتى يثبت النسب بلا دعوة ولا
ينتفى الا باللعان وضعيف وهو فراش الامة حتى لا يثبت منه النسب الا بالدعوة والوسط فراش ام الولد حتى يثبت فيه النسب من غير
دعوة وينتفى من غير لعان اه ومحل ثبوت نسب ولد ام الولد ما لم يعارضه مانع من حل وطئها كحرمتها مؤبدة بوطء مولاها امها او بنتها
او وطء ابنه او ابيه لها او حرمتها بارضاعها زوجته الصغيرة او بكتابتها او بتزويجها فلا يثبت نسب ولدها الا ان تأتى به لدون ستة اشهر من
وقت ثبوت الحرمة كما فى الفتح (قوله ولكن انتفى بنفيه) يستثنى منه ما لو اعتقها فانه يثبت نسب ولدها الى سنتين من يوم الاعتاق كما اذا
مات ولا يمكن نفيه لان فراشها تأكد بالحرية وفى المبسوط انما يملك نفى ولد ام الولد اذا لم يقض القاضى به او لم يتطاول الزمان فاما بعد القضاء
فقد لزمه بالقضاء فلا يملك ابطاله والتطاول دليل اقراره لانه يوجد منه فيها دليل اقراره من قبول التهنئة ونحوه فيكون كالتصريح باقراره
واختلافهم فى التطاول سبق فى اللعان كذا فى الفتح (قوله لان هذا الظاهر) اى كون الولد منه بسبب ان الظاهر عدم زنا المسلمة يقابله
اى يعارضه ظاهر آخر وهو كونه من غيره لوجود احد الدليلين ﴿٢٠﴾ على ذلك وهما العزل او عدم التحصين ولا شك فى
ان كونه من غيره عند ضبطه العزل ظاهر
واما ظهور كونه من غيره اذا افضى اليها
ولم يعزل عنها محل نظر كذا فى الفتح (قوله
وان زوجها فجاءت بولد فهو فى حكم
امه) اى فيما لا مانع منه لان الولد لو كان
جارية لا يستمتع بها لانه وطئ امها وهذه
اجماعية قال الكمال وهى واردة على
الاطلاق حيث قال هو فى حكم امه اه
والجواب عنه ظاهر (قوله والنسب يثبت
من الزوج لان الفراش له) تمة عبارة
الهداية وان كان النكاح فاسدا فانه
ملحق بالصحيح فى حق الاحكام اه

فراشا كالمنكوحة ولهذا لزمها العدة بثلاث حيض بعد العتق (و) لكن (انتفى)
بنفيه لان فراشها ضعيف حتى يملك نقله بالتزويج بخلاف المنكوحة حيث لا ينتفى
الولد بنفيه الا باللعان لتأكد الفراش حتى لا يملك ابطاله بالتزويج وهذا الذى ذكر
حكم القضاء واما الديانة فان كان وطئها وحصنها ولم يعزل عنها يلزمه ان يعترف به
ويدعى لان الظاهر ان الولد منه وان عزل عنها او لم يحصنها جاز له ان ينفيه لان
هذا الظاهر يقابله ظاهر آخر وان زوجها فجاءت بولد فهو فى حكم امه لان حق الحرية
يسرى الى الولد كالتدبير والنسب يثبت من الزوج لان الفراش له ولو ادعاه المولى
يثبت نسبه منه ويعتق الولد وتصير امه ام ولد له لاقراره واذا مات المولى عتقت من
جميع المال كذا فى الهداية (ام ولد الذمى اذا اسلمت عرض عليه الاسلام فان اسلم
فهى له والا تسعى فى قيمتها وعتقت بعدها) اى بعد السعاية (ادعى ولد امة مشتركة)
بينه وبين آخر (ثبت نسبه منه) لان النسب اذا ثبت منه فى نصفه لمصادفته ملكه
ثبت فى الباقى ضرورة انه لا يتجزأ لان سببه وهو العلوق لا يتجزأ اذ الولد الواحد

وهذا اذا اتصل به الدخول كما فى الفتح (قوله ولو ادعاه المولى يثبت نسبه منه) اى وقد جاءت به لستة اشهر فا (لا)
فوقها اذ لو ادعاه السيد وقد جاءت به لادون ستة اشهر كان ولده بل لا يحتاج الى دعوته كما قدمناه ويظهر عدم صحة النكاح (قوله وتصير
ام ولد له لاقراره) لم يستحسن هذا من صاحب الهداية لان الكلام فى تزويج ام الولد وانما يستحسن لو كان فى تزويج الامة التى
ليست ام ولد كالصورة المذكورة فى المبسوط زوج امته من عبده فولدت الخ قاله الكمال (قوله واذا مات المولى عتقت من جميع المال)
كان ينبغى عدم ذكره لانه قدمه متناولا ليس من لواحق السابقة خاصة فى كلام الهداية بل حكم لام الولد فى حد ذاتها ولذا قال الكمال عتقت
يعنى ام الولد اه (قوله والا تسعى فى قيمتها) قال فى الهداية ومالية ام الولد يعتقدها الذمى متقومة ويترك وما يعتقده ولانها ان لم تكن
متقومة فهى محترمة اه وهو جواب عن سؤال يرد على قول الامام بنفى مالية ام الولد اه وقيمة ام الولد ثلث قيمتها قنة كذا فى الفتح
(قوله وعتقت بعدها) قال الزيلعى ولا ترد الى الرق لو عجزت نفسها والمدبر اذا اسلم كام الولد اه وقال زفر تعتق للحال والسعاية
دين عليها واذا مات مولاها عتقت وسقطت عنها السعاية لانها ام ولده كذا فى الفتح

(قوله وعند ابى حنيفة يصير نصيبه ام ولده) اشارة الى ان الاستيلاد يتجزأ عنده لا عندهما الا انه قد يتكامل عند وجود سبب التكامل وشرطه وهو امكان التكامل وقيل انه لا يتجزأ عنده ايضا لكن فيما يحتمل نقل الملك فيه واما فيما لا يحتمل فهو متجزئ عنده كذا فى البدائع (قوله لانه قابل للتمليك) عبارة الزيلعى للتملك اه وقال الكمال تعليل تملك نصيب شريكه بأنه قابل للتملك تعليل بعدم المانع وهو لا يصلح للتعليل يقال سافر للتجارة والعلم ولو قيل لا من الطريق عد جنونا اه (قوله اذ لم يحصل لها من اسباب الحرية شئ كالتدبير وغيره) يعنى قبل تملكه (قوله وتعتبر قيمتها يوم العلوق) كذا العقر كما فى الفتح (قوله بخلاف الاب اذا استولد جارية ابنه) يشير الى انه لا فرق فى ضمان نصف القيمة والعقر بين ما لو كان الشريك اجنبيا وبين ما لو كان ابا والفرق بين استيلاد الاب لها ولا ملك له فيها وبين كونه شريكا لابنه فيها انها اذا لم يكن له فيها ملك مست الحاجة الى اثبات الملك فيها سابقا على الوطء نفيا له عن الزنا فلا عقر واذا كان له فيها ملك كفى لذلك فعليه نصف العقر كذا قيل (قوله وان ﴿ ٢١ ﴾ ادعياه معا فهما) هذا اذا لم يكون مع احدهما مرجح فلو ترجح احدهما لم يعارضه المرجوح فيقدم الاب على الابن والمسلم على الذمى والحر على العبد والذمى على المرتد والكتابى على المجوسى والعبرة لهذه الاوصاف وقت الدعوة لا العلوق كما فى غاية البيان وقيد بكونهما اثنين للاختلاف فيما زاد عليهما فعند ابى حنيفة يثبت النسب من المدعين وان كثروا وقال ابو يوسف يثبت من اثنين لا من ثلاثة وعند محمد يثبت من ثلاثة لا غير وقال زفر يثبت من خمسة فقط وهو رواية الحسن بن زياد عن الامام ولو تنازع فيه امرأتان قضى به بينهما وعندهما لا يقضى للمرأتين وتمام التفريع فى البحر (قوله وانما يختلف فى حق وجوب العقر) كذا يختلف فى كونها تصير ام ولد لهما فلا تصير المشتراة حبلى ام ولد لهما بادعائهما ولدها لان هذه دعوة عتق لا دعوة استيلاد فيعتق الولد مقتصرا على وقت الدعوة بخلاف دعوة الاستيلاد فان شرطها كون العلوق فى الملك كما فى الفتح (قوله وضمان قيمة ام الولد) صوابه قيمة الولد باسقاط لفظة ام كما هى عبارة الزيلعى وغيره لانه هو محل الاختلاف حتى تفرع عليه ضمان نصف قيمة الولد بادعاء احد الشريكين وقد اشترياها حبلى بخلاف ما اذا حبلت فى ملكهما فادعاه احدهما فانه لا يلزمه نصف قيمة الولد (قوله ويثبت لكل منهما فيه الولاء) يعنى اذا ادعياه معا (قوله لانه تحرير على ما عرف) يعنى من ان هذه دعوة عتق فيعتق مقتصرا على وقت الدعوة لا دعوة استيلاد لان شرطها العلوق فى الملك وهو منتف كما قدمناه (قوله وورثا منه ارث اب) يفيد انه اذا مات احدهما قبل الولد فجميع ميراثه للباقى منهما وان الولاية عليه فى التصرفات المالية مشتركة وهذا عندهما وعند ابى يوسف ينفرد كما فى الخانية واما ولاية الانكاح فلكل منهما الانفراد قال الزيلعى النسب وان كان لا يتجزأ لكن يتعلق به احكام متجزئة كالميراث والنفقة والحضانة والتصرف فى المال واحكام غير متجزئة كالنسب وولاية الانكاح وصدقة فطره عند ابى يوسف على كل منهما صدقة تامة وعند محمد عليهما صدقة واحدة كذا فى البحر

لا يعلق من مائين (وهى ام ولده) لان الاستيلاد لا يتجزأ عندهما وعند ابى حنيفة يصير نصيبه ام ولده ثم تملك نصيب صاحبه لانه قابل للتملك اذ لم يحصل لها من اسباب الحرية شئ كالتدبير وغيره (وضمن نصف قيمتها) لانه تملك نصيب صاحبه حين استكمل الاستيلاد ويعتبر قيمتها يوم العلوق لان امومية الولد تثبت من ذلك الوقت سواء كان موسرا او معسرا لانه ضمان تملك بخلاف ضمان العتق كما تقرر فى موضعه (و) نصف (عقرها) لانه وطئ جارية مشتركة اذ ملكه يثبت بعد الوطء حكما للاستيلاد فيعقبه الملك فى نصيب صاحبه بخلاف الاب اذا استولد جارية ابنه حيث لا يجب عليه العقر (لا قيمة ولدها) لانه علق حر الاصل اذ النسب يثبت مستندا الى وقت العلوق والضمان يجب فى ذلك الوقت فيحدث الولد على ملكه ولم يعلق شئ منه على ملك شريكه (وان ادعياه معا فهما) اى الولد ثابت النسب منهما ومعناه اذا حبلت فى ملكهما وكذا اذا اشترياها حبلى لا يختلف فى حق ثبوت النسب منهما وانما يختلف فى حق وجوب العقر والولاء وضمان قيمة ام الولد حتى لا يجب على كل واحد منهما العقر لصاحبه لعدم الوطء فى ملكه ويجب عليه نصف قيمة الولد ان كان المدعى واحدا ويثبت لكل واحد منهما فيه الولاء لانه تحرير على ما عرف وانما كان منهما لاستوائهما فى سبب الاستحقاق فيستويان فيه (وهى ام ولدهما) لصحة دعوة كل منهما فى نصيبه فى الولد فيصير نصيبه منها ام ولد له تبعا لولدها (وعلى كل) منهما (نصف عقرها) قصاصا بماله على الآخر (وورث الابن) (من كل) من شريكين (ارث ابن) كامل لانه اقر بميراثه كله وهو حجة فى حقه (وورثا منه ارث اب) واحد لاستوائهما فى السبب كما اذا اقاما البينة على البنوة (ادعى ولد امة مكاتبة) يعنى اذا وطئ المولى جارية مكاتبة فجاءت بولد فادعاه (وصدقه) اى المكاتب المولى (لزمه عقرها) لانه وطئ بغير نكاح ولا ملك يمين وقد

(كتاب الكتابة) (قوله اورده ههنا الخ) قال فى العناية ذكر فى بعض الشروح ان ذكر كتاب المكاتب عقيب العتق انسب ولهذا ذكره الحاكم الشهيد فى الكافى عقيب كتاب العتاق لان الكتابة مآلها الولاء

والولاء حكم من احكام العتق ايضا وليس كذلك لان العتق اخراج الرقبة عن الملك بلا عوض والكتابة ليست كذلك بل فيها ملك الرقبة لشخص ومنفعته لغيره وهو انسب للاجارة لان نسبة الذاتيات اولى من العرضيات اه (قوله وشرعا الخ) قال الزيلعى وسمى هذا العقد كتابة ومكاتبة لان فيه ضم حرية اليد الى حرية الرقبة اولان كلا منهما يكتب الوثيقة وهو اظهر اه وفى البرهان معناه كتبت لك على نفسى ان تعتق منى اذا وفيت بالمال وكتبت لى على نفسك ان تفى بذلك اوكتبت عليك الوفاء بالمال وكتبت على العتق اه (قوله فان المكاتب مالك يدا) قال الكمال فى اول باب التدبير لامعنى فى التحقيق لقولهم المكاتب مالك يدا بل الواجب ان يقال ملكه متزلزل اذلاشك فى انه مالك شرعا لكنه بعرض ان يزول بتعجيز نفسه اه (قوله كان يقول لعبده ان اديت الى الفا فانت حر) مناقض لما قدمه فى باب العتق على جعل فانه قال المعلق عتقه بالاداء بان قال مولاه ان اديت الى الف درهم فانت حر مأذون لا مكاتب فجاز بيعه ولا يكون احق بمكاسبه اه فكيف يجعله من صيغ الكتابة وحكمهما متباين فتأمل (قوله وشرطها كون البدل معلوما) زاد الزيلعى كغيره وكون الرق فى المحل اه ولم يتعرض المصنف لسببها وهو الرغبة فى البدل عاجلا وفى الثواب آجلا ولا صفتها وهى مندوبة لمن علم فيه خيرا او ندب حط شئ من بدلها والمراد بالخير ان لا يضر بالمسلمين بعد العتق وان كان يضرهم فالا فضل ان لا يكاتبه وقيل خيرا اى وفاء وامانة وصلاحا وقيل المال والخير يراد به المال قال تعالى ان ترك خيرا اى مالا وما تنفقوا من خير اى مال وهو ان يكون كسوبا يقدر على اداء البدل قاله زيلعى

سقط عنه الحد للشبهة (و) لزمه (نسب الولد) لتصادقهما على ذلك فصار كالو ادعى نسب ولد جارية الاجنبى فصدقه (وقيمته) اى قيمة الولد لانه فى معنى المغرور حيث اعتمد دليلا وهو انه كسب كسبه فلم يرض بكونه رقيقا فيكون حرا بالقيمة ثابت النسب منه كما ان المغرور اعتمد دليلا وهو الملك ظاهرا وان لم يكن حقيقة (لا الامية) اذ لا ملك له فيها حقيقة وماله من الحق كاف لصحة الاستيلاد فلا حاجة الى النقل وتقديم الملك بخلاف امة الابن اذ ليس للاب فيها حقيقة الملك ولا حقه وانما له حق التملك وهو غير كاف لصحة الاستيلاد فاحتجنا الى نقلها الى ملك الاب ليصح الاستيلاد (وان لم يصدقه) اى المكاتب المولى فى دعونه (فلا يثبت نسبه) اى نسب الولد منه وقال ابو يوسف يثبت لان الجارية كسب كسبه فصارت كجارية الابن بل اولى لان للمولى فى المكاتب ملك الرقبة بخلاف الابن وجه الفرق ان للاب ان يتملك مال ابنه اذا احتاج اليه ولهذا لا يجب عليه عقرها ولا قيمة الولد وتصير ام ولد له وليس للمولى ان يتملك مال مكاتبه لانه بالعقد حجر على نفسه والحقها بالاجنبى ولهذا يجب عليه عقرها وقيمة ولدها ولا تصير ام ولد له فيشترط تصديقه بخلاف ما اذا وطئ المكاتبة فجاءت بولد فادعاه حيث يثبت نسبه منه ولا يشترط تصديقها لان رقبتها مملوكة له (الا اذا ملكه) اى الولد (يوما) فحينئذ يثبت نسبه منه وتصير امه ام ولد له ايضا اذا ملكها لان الاقرار باق وهو الموجب وزوال حق المكاتب وهو المانع (وطئ جارية امرأته اووالده اوجده فولدت وادعاه لا يثبت النسب ويدرأ عنه الحد) للشبهة (فان قال احلها لى المولى لا يثبت النسب الا ان يصدقه) اى المولى (فيه وفى ان الولد منه) ولو صدقه فى احدهما فقط لا يثبت النسب (وان كذبه المولى ثم ملكها يوما ثبت النسب) لبقاء الاقرار كما مر كذا فى الخانية

كتاب الكتابة

اورده ههنا لان الكتابة من توابع العتق كالتدبير والاستيلاد (هى) لغة الضم والجمع ومنه الكتيبة للجيش العظيم والكتب لجمع الحروف فى الخط وشرعا (جمع حرية الرقبة مآلا مع حرية اليد حالا) فان المكاتب مالك يدا ومملوك رقبة وسيأتى بيانه (وركنها الايجاب والقبول) كان يقول لعبده ان اديت الى الفا فأنت حر اوكاتبتك على الف فقبل لانها معاوضة فلابد من الايجاب والقبول وشرطها كون البدل معلوما مالا كان اوعملا واما كونه منجما اومؤجلا فليس بشرط حتى تجوز الكتابة على المال الحال والمنجم وعند الشافعى لا تجوز الامؤجلا بنجمين وحكمها فى جانب العبد انتفاء الحجر وثبوت الحرية فى حق اليد لا الرقبة حتى يكون احق بمنافعه ومكاسبه لان الغرض من الكتابة وصول المولى الى بدلها والعبد الى الحرية بادائه وذا لا يتحقق الا بذلك وفى جانب المولى بقاء رقبة العبد على ملكه وثبوت

(حق)

حق المطالبة ببدلها متى شاء واسترداده الى ملكه اذا عجز (اذا كاتب قنه واو صغيرا يعقل) البيع والشراء فانه اذا عقل كان من اهل القبول والتصرف نافع فى حقه فيجوز (بمال حال او مؤجل) بسنة او سنتين مثلا (او منجم) اى مؤقت بأزمنة معينة اخذ من التوقيت بطلوع النجم ثم شاع فى مطلق التوقيت (او قال جعلت عليك الفا تؤديه نجوما اولها كذا وآخرها كذا فان اديته فانت حر وان عجزت فقن وقبل) اى القن عطف على قوله كاتب شرط قبوله اذ يلزمه المال فلابد من التزامه (صح جواب اذا كاتب اى صح عقد الكتابة سواء عبر بلفظ الكتابة او بما يؤدى مؤداه لوجود ركنه وهو الايجاب والقبول (وعتق) القن (ان ادى كله وان) وصلية (لم يقل اذا اديتها فأنت حر) لان موجب الكتابة هو العتق عند الاداء لانها تنبئ عن جمع حرية اليد الى حرية الرقبة عند الاداء وفيه خلاف الشافعى (فخرج) عطف على صح وفرع له اى اذا صح عقد الكتابة خرج المكاتب (من يده) اى المولى لان مقتضى الكتابة مالكية اليد فى حق المكاتب ولهذا لا يكون للمولى منعه من الخروج الى السفر (لا) من (ملكه) لانه عقد معاوضة فيقتضى المساواة بين المتعاقدين واصل البدل يجب للمولى فى ذمته بنفس العقد لكنه ضعيف لا يتم ملكه فيه الا بالقبض لانه ثبت فى ذمته مع المنافى اذ المولى لا يستوجب على عبده دينا ولهذا لا تصح الكفالة به فيثبت للعبد بمقابلته مالكية ضعيفة ايضا فاذا تم للمولى الملك بالقبض تم المالكية للعبد ايضا وتمام المالكية لا يكون الا بالحرية فيعتق لضرورة المالكية فتحقق المساواة بذلك ابتداء وانتهاء (وعتق مجانا) اى بلا بدل (ان اعتق مولاه) لاسقاطه حقه (وغرم) المولى (العقر ان وطئ مكاتبته) اوارش الجناية (ان جنى عليها او على ولدها او) مثل المال او قيمته ان جنى (على مالها) لانها بعقد الكتابة خرجت من يد المولى فصار كالاجنبى وصارت احق بنفسها وولدها ومالها (اذا كاتب على قيمته) بان قال ان اديت الى قيمتك فانت حر او كاتبتك على قيمتك (او) على (عين لغيره) بان قال كاتبتك على هذا العبد وهو لغيره هذا فى ظاهر الرواية وعن ابى حنيفة انها تصح حتى اذا ملكها وسلمها عتق وان عجز رد الى الرق (وتعين بالتعيين) احتراز عن دراهم الغير ودنانيره فان الكتابة عليها جائزة لعدم تعينها (او على مائة) من الدراهم او الدنانير (ليرد مولاه) اليه

(قوله اذا كاتب قنه) جرى على الغالب لانه لو كاتب نحو ام ولده صح والوصى والاب يصح منهما استحسانا من الصغير بخلاف اعتاق على مال كما سيذكره المصنف (قوله ولو صغيرا يعقل) احترز به عما لو كان لا يعقل فلا يصح اتفاقا الا ان يكون تبعا فلا تصح مكاتبة المجنون والصغير الذى لم يعقل ولو قبل عنه رجل ورضى المولى ولا يتوقف على اجازته بعد البلوغ فى الصحيح ويرجع الرجل بما اداه على المولى لانه لم يسلم العتق لعدم القبول من المكاتب وهو شرط منتف بانتفاء اهلية المكاتب له كما فى البدائع (قوله بمال) ليس قيدا احترازيا من الخدمة لما سيأتى وقال محمد اذا كاتب عبده على ان يخدمه شهرا القياس لا يجوز والاستحسان يجوز كما فى الذخيرة (قوله او مؤجل) هو افضل كما فى السراج (قوله او قال جعلت عليك الفا تؤديه نجوما الخ) ذكره بعد قوله او منجم ليفيد ثبوت حكم الكتابة بلفظها او بما يؤدى معناه ثم الكتابة اما من النفس خاصة او منها ومن المال الذى فى يد العبد وكلاهما جائز ولو كان ما فى يده اكثر من بدلها وليس للمولى الا بدل الكتابة لا غير كما فى السراج (قوله وغرم المولى العقر ان وطئ مكاتبته) العقر اذا ذكر فى الحرائر يراد به مهر المثل واذا ذكر فى الاماء فهو عشر قيمتها ان كانت بكرا وان كانت ثيبا فنصف عشر قيمتها كما فى الجوهرة ولو وطئ مرارا لا يلزمه الا عقر واحد ولو شرط وطأها فسدت الكتابة كما فى الدراية وتعتق بأداء البدل ولا يثبت لها شئ من الاحكام المتعلقة بما قبل الاداء وهذا حكم الفاسدة بفوات شرط من شروط الصحة واما الباطلة وهى التى فاتها شرط من شرائط الانعقاد فلا يثبت بها شئ من الاحكام الا ان علق عتقه بأداء المال فيعتق به كسائر الشروط كذا فى البدائع (قوله لانها بعقد الكتابة خرجت من يد المولى الخ) قال فى البدائع او وطئها المولى غرم العقر لها تستعين به على الكتابة لانه بدل منفعة مملوكة لها وقد قال فى البدائع قبل هذا ثم مال العبد ما يحصل بعد العقد بتجارة او بقبول الهبة والصدقة لان ذلك ينسب الى العبد ولا يدخل فيه ما كان من مال المولى فى يد العبد وقت العقد لان ذلك لا ينسب الى العبد ولا يدخل فيها الارش والعقر وان حصلا بعد العقد ويكون للمولى لانه لا ينسب الى العبد اه فليتأمل وكذا قال الحدادى واما ارش الجراحة والعقر فذلك لا يدخل وهو للمولى اه فلينظر فيه مع الزام المولى العقر بوطئها والارش بالجناية عليها (قوله بان قال ان اديت الى قيمتك فانت حر) قدمنا انه بمثل هذه الصيغة يكون مأذونا لا مكاتبا فليتأمل

(قوله كذا قال الزيلعي الخ) الايراد مدفوع لان ماحكاه المصنف من الكافي قد صدر به الزيلعي في تعليل المسئلة ثم قال ثانيا ولان هذا عقد يشتمل على بيع الخ وليس ضار افلا ينسب الى الخطأ (قوله يعني في ادائهما) اي وان لم ينص المولى على تعليق العتق بأدائهما في ظاهر الرواية كما في الاختيار ﴿تنبيهان﴾ ﴿الاول﴾ للمولى فسخ الكتابة الفاسدة كما ذكره قاضيخان ﴿الثاني﴾ لم يبين المصنف رحمه الله حكم العتق في باقي الصور الفاسدة فنقول انه يعتق باداء قيمته اذا كاتبه عليها لانها معلومة من وجه وتصير معلومة من كل وجه عند الاداء حتى تصير معلومة القدر والجنس ولصفة اه وانما يثبت اداء القيمة بتصادقهما او باداء اقصى مايقع به تقويم المقومين واذا كاتبه على عين لغيره تتعين بالتعيين قال الزيلعي انه لا ينعقد العقد اصلا اه وقال في العناية لم ينعقد العقد في ظاهر الرواية الا اذا قال له ان اديت الى فانت حر فحينئذ يعتق بحكم الشرط اه فهذا يفيد انه باطل لافاسد ﴿ ٢٤ ﴾ واما اذا كاتبه على مائة ليرد سيده عليه وصيفا فبدل الكتابة مجهول القدر فلا تصح كذا قاله الزيلعي وقوله فلا تصح يعني فتكون باطلة لما قاله الزيلعي بعد ذلك ان الاصل عند علمائنا الثلاثة ان المسمى متى كان شيأ لا يصلح عوضا لجهالة القدر او لجهالة الجنس فان العبد لا يعتق باداء المسمى ولا باداء القيمة اذ لا ينعقد هذا العقد اصلا لا على وجه المسمى ولا على القيمة اه (قوله وقال زفر لا يعتق الا باداء قيمة نفسه) قال الزيلعي معللا له لان البدل في الكتابة الفاسدة هو القيمة فيعتق باداثه ولا يعتق باداء ماليس ببدل هكذا ذكره في الكافي وعزاه الى المبسوط والذخيرة وكذا في الهداية اه (قوله قال في الكفاية وفي نسخ الهداية) يعني في بعض نسخها منسوبا لزفر لا يعتق الا باداء قيمة الخمر لما قال الزيلعي بعد ماقدمناه من موافقة الهداية لما في المبسوط والذخيرة وفي بعض نسخ الهداية وقال زفر لا يعتق الا باداء قيمة الخمر وهو غلط من الكاتب اه (قوله وانه مشكل جدا) قد علمت انه غلط وقد تبع هذا الغلط في الاختيار فليكن في علمك (قوله ولو على ميتة ونحوها بطل) قال في الاختيار والكتابة على الميتة والدم باطلة (بمال) لانهما ليسا بمال اصلا ولا موجب لها ولو علق العتق بادائهما عتق بالاداء لوجود الشرط ولا شيء عليه لعدم المالية ثم قال ولو علق عتقه باداء ثوب او دابة او حيوان فادى لا يعتق للجهالة الفاحشة اه قلت ويخالفه قول الزيلعي انه يعتق ذكره قريبا من قوله قال وصح على حيوان غير موصوف ونصه بخلاف ما اذا كاتبه على ثوب حيث لا يعتق باداء ثوب لانه يختلف اختلافا فاحشا لا يوقف على مراد المولى فكانت الكتابة باطلة فلا تعتبر اصلا حتى لو ادى قيمته ايضا لا يعتق الا اذا علقه به نصا بان قال ان اديت الى ثوبا فانت حر فحينئذ يعتق باداء ثوب لانه تعليق صريح فصار من باب الايمان وهي تنعقد مع الجهالة فينصرف الى ماينطلق عليه اسم الثوب اه

(وصيفا) اي خادما عبدا كان او امة حتى لو شرط ان يرد عبدا معينا او امة معينة صح (او المسلم) عطف على ضمير كاتب وجاز للفصل (على خمر او خنزير) وقوله (فسد) جواب اذا كاتب اي فسد العقد في هذه الصور اما الاولى فلان القيمة مجهولة قدرا وجنسا ووصفا فتفاحشت الجهالة واما الثانية فلعجزه عن تسليم ملك الغير واما الثالثة فلان هذا عقد اشتمل على بيع وكتابة لان ما كان من المائة بازاء الوصيف الذي يرده المولى بيع وما كان منها بازاء رقبة المكاتب كتابة فيكون صفقة في صفقة فلا يجوز للنهي عنها كذا قال الزيلعي ورد عليه انه يقتضي عدم صحة العقد اذا شرط ان يرد عليه عبدا معينا او امة معينة والقوم صرحوا بخلافه فالصواب ما في الكافي ان بدل الكتابة في هذه الصورة مجهول القدر فلا يصح كما لو كاتبه على قيمة الوصيف وهذا لان العبد لا يمكن استثناؤه من الدنانير وانما يستثنى قيمته والقيمة لا تصلح ان تكون بدل الكتابة لجهالتها قدرا فكذا لا تصلح ان تكون مستثنى من بدل البدل واما الرابعة فان الخمر والخنزير ليس بمال في حق المسلم فلا يصلح للعوض في عقد المعاوضة (وعتق فيهما) اي الخمر والخنزير يعني في ادائهما لانهما مال في الجملة فامكن اعتبار معنى العقد فيه وموجبه العتق عند اداء العوض المشروط (ثم) اي بعد ما عتق باداء المسمى (سعى في قيمة نفسه) وقال زفر لا يعتق الا باداء قيمة نفسه لان البدل هو القيمة قال في الكفاية وفي نسخ الهداية لا يعتق الا باداء قيمة الخمر وانه مشكل جدا مخالف لعامة روايات الكتب فان فيها لا يعتق الا باداء قيمة نفسه (لا ينقص منه ويزاد عليه) هذه مسئلة لها نوع تعلق باولها غير مختصة بها يعني ان القيمة في الكتابة الفاسدة اذا كانت من جنس المسمى فان كانت ناقصة من المسمى لا تنقص منه وان كانت زائدة زيدت عليه لان الواجب عليه رد رقبته لفساد العقد وقد تعذر بالعتق فوجب رد قيمته بالغة مابلغت لان المولى لم يرض بالنقصان والعبد رضي بالزيادة كيلا يبطل حقه في العتق فوجب ذلك (ولو على ميتة ونحوها بطل) اي عقد الكتابة لانها ليست

بمال فلا يلزم على المكاتب شئ (وصحت) الكتابة على حيوان (ذكر جنسه) كالعبد (فقط) اى لا نوعه وصفته (ويؤدى الوسط او قيمته) فان كل واحد اصل من وجه اما الوسط فظاهر واما قيمته فلانه يعرف بالقيمة فصارت اصلا فدفع القيمة قضاء فى معنى الاداء كما تقرر فى الاصول (ومن كافر) عطف على قوله على حيوان اى صحت الكتابة من كافر (كاتب عبدا مثله) يعنى كافرا (بخمر مقدرة) اعتبر التقدير ليعلم البدل وانما صحت لانه مال عندهم بمنزلة الخل عندنا (وأى) من المولى والعبد (اسلم للمولى قيمتها) لان المسلم ممنوع عن تملك الخمر وتمليكه (وعتق) العبد (بقبض الخمر) لان العتق متعلق بقبضها لكن مع ذلك يجب عليه قيمة نفسه كما مر (وعلى خدمة شهر) عطف على قوله على حيوان (له) اى لمولى (او لغيره او حفر بئر او بناء دار اذا بين قدر المعمول والآجر بما يرفع النزاع) لحصول الركن والشرط (والف على ان يؤديها الى غريمه والف ووصيف والف وخدمته سنة وخدمته ابدا لا) اى لا يجوز هذا لانه مناف لمقتضى العقد فان المقصود من الكتابة كون المملوك مالكا يدا ولو فى بعض الازمان ليكون مالكا مطلقا بعده كما فى الكتابة على الخدمة سنة وهذا ينافيه (لا تفسد) الكتابة (بشرط الا ان يكون) اى الشرط (فى صلب العقد) قال فى الهداية الكتابة تشبه البيع بمعنى انتهاء لانها مبادلة المال بالمال انتهاء وتشبه النكاح بمعنى ابتداء لانها مبادلة المال بغير المال وهو

قوله وصحت على حيوان ذكر جنسه كالعبد) كذا قال فى العناية اذا كاتبه على حيوان وبين جنسه كالعبد والفرس ولم يبين النوع انه تركى او هندى ولا الوصف انه جيد او ردئ جازت وينصرف الى الوسط وانما صح العقد مع الجهالة لانها يسيرة ومثلها يتحمل فى الكتابة لان مبناها على المساهلة فيعتبر جهالة البدل بجهالة الاجل فيه حتى لو كاتبه الى الحصاد صحت وقد ثبت ان ابن عمر رضى الله عنهما اجاز الكتابة على الوصف جمع وصيف وهو العبد للخدمة اه ولكن قال فى الاختيار والكتابة على الحيوان والثوب كالنكاح ان عين النوع صح وان اطلق لا يصح اه فليتأمل ولعله اراد بالنوع الجنس والا ناقضه ما فى العناية قوله ويؤدى الوسط) قدره ابو حنيفة فى العبد بما قيمته اربعون درهما وقالا هو على قدر غلاء السعر ورخصه كذا فى العناية قوله وعتق بقبض الخمر) كذا فى الكنز وقال الزيلعى قال فى الكافى هكذا ذكره بعض المشايخ كالقاضى ظهير الدين وفى شرح الطحاوى والتمرتاشى لو ادى الخمر لا يعتق لان الكتابة انتقلت الى القيمة ولم يبق الخمر بدلا اه وقال فى العناية فكان فى العتق باداء الخمر روايتان اه قوله وعلى خدمة شهر له او لغيره) استحسان والقياس عدم الجواز لان الخدمة مختلفة ووجه الاستحسان ان الخدمة المطلقة ﴿ ٢٥ ﴾ تنصرف الى المعهودة فتصير معلومة بالعادة كذا فى البدائع قوله او حفر بئر او بناء دار اذا بين قدر المعمول) بانه ان يسمى له طول البئر وعمقها او مكانها وفى الدار يريه آجرها وجصها وما يبنى بها فتصح الكتابة لانه كاتبه على بدل معلوم كذا فى البدائع قوله والآجر) بالمد وضم الجيم اللبن المحرق قوله والف على ان يؤديها الى غريمه) اى صحت عليها وكذا اذا كاتبه على الف يضمنها الرجل من سيده فالمكاتبة والضمان جائزان كذا فى البدائع قوله والف ووصيف والف وخدمته سنة) اى صحت الكتابة لان البدل معلوم وليس صفقة فى صفقة قوله وخدمته ابدا لا) يعنى اذا كاتبه على الف وخدمته ابدا لا تصح لما ذكر من منافاته لمقتضى العقد فان ادى الالف عتق وقال بشر المريسى هذا غلط لان العتق لا يتنزل الا بعد اداء جميع المشروط عليه وقد شرط عليه مع الالف شيأ آخر (درر) (٤) (نى) فكيف يعتق باداء الالف قلنا اشتراط الخدمة عليه ليس بطريق البدل لما اوجبه له بل باعتبار بقاء ملك نفسه فى الخدمة كما لو كان من قبل فلا يكون استثناء لموجب العقد فاما البدل المشروط عليه هو الالف فاذا اداه يعتق لوجود الشرط كما فى البرهان اه قوله اى لا يجوز هذا) يريد به الصورة الاخيرة فقط وهى ما اذا كاتبه على الف وخدمته ابدا وان كان فيه نوع خفاء فشرحه او ضحه قوله قال فى الهداية الكتابة تشبه البيع بمعنى انتهاء لانها مبادلة المال بالمال انتهاء) اقول لم يعن صاحب الهداية شبه الكتابة بالبيع من هذا القبيل بل من حيث المعاوضة وعدم صحتهما بلا بدل واحتمالهما الفسخ كما ذكره فى العناية وقد نفى صاحب الهداية شبه الكتابة بالبيع فيما تقدم من هذا القبيل حيث قال وقال الشافعى لا يجوز اى عقد الكتابة على حيوان غير موصوف وهو القياس لانه معاوضة فاشبهت البيع ولنا انها معاوضة مال بغير مال او بمال لكن على وجه يسقط الملك فيه فاشبهت النكاح والجامع انها تبنى على المسامحة اه وقد منع فى العناية شبه الكتابة بالبيع ابتداء وانتهاء فقال ولنا ان هذا قياس فاسد لان قياس الكتابة على البيع اما ان يكون من حيث ابتداؤها او من حيث الانتهاء والاول لا يصح لان البيع معاوضة مال بمال والكتابة معاوضة مال بغير مال لانها فى مقابلة فك الحجر فى الابتداء وكذلك الثانى لانها وان كانت فى الانتهاء معاوضة مال بمال وهو الرقبة لكن على وجه يسقط الملك فيه فاشبه النكاح فى الانتهاء وفى مبنى كل منهما على المسامحة وهذا المقدار كاف فى الحاقها بالنكاح اه قوله لانها مبادلة المال بغير المال وهو البضع) صوابه

البضع ابتداء فالحقناها بالبيع فى شرط تمكن فى صلب العقد كما اذا شرط عليه خدمة مجهولة لانه فى البدل وبالنكاح فى شرط لم يتمكن فى صلبه هذا هو الاصل

﴿ فصل فى تصرفات المكاتب ﴾

(صح بيعه وشراؤه ولو بالمحاباة) فانها من صنيع التجار فان التاجر قد يحابى فى صفقة ليربح فى اخرى (وسفره وان شرط تركه) لانه شرط مخالف لمقتضى العقد وهو مالكية اليد ولا تفسد الكتابة بمثل هذا الشرط لانه ليس فى صلب العقد (وتزويج امته) لانه يفيد المال وهو المهر (لا) تزويج (عبده) لانه تنقيص العبد وتعييبه وشغل ذمته بالمهر والنفقة (وصح كتابة رقيقه) لانه عقد اكتساب للمال فيملكه كتزويج امته (والولاء) اى ولاء الثانى (له) اى للاول (ان ادى) الثانى (بعد عتقه) اى عتق الاول لان العاقد من اهل ثبوت الولاء وهو الاصل فيثبت له (والا) اى وان لم يؤده بعد عتقه بل قبله (فالولاء) اى مولى المكاتب الاول لان له فيه نوع ملك وتصح اضافة الاعتاق اليه فى الجملة فاذا تعذر اضافته الى المباشر لعدم اهليته اضيف اليه كما فى العبد المأذون اذا اشترى شيأ (وان اديا) اى المكاتبان بدلهما (جميعا معا فولاؤهما للمولى) ترجيحا للاصل (وان عجز الاول) من اداء البدل ورد الى الرق ولم يؤد الثانى بدله (بقى الثانى مكاتبا) فان ادى البدل الى المولى عتق وان عجز رد الى الرق كالاول (لا التزوج) عطف على قوله بيعه اى لا يصح تزوجه (بلا اذنه) اى المولى (ولا التسرى) وهو اتخاذ السرية يعنى اشتراء جارية يستمتع بها وطأ (ولو به) اى باذن المولى (كذا المأذون والمدبر) وذلك لان مبنى التسرى على ملك الرقبة دون المتعة فالرقيق وان كان مكاتبا او مأذونا او مدبرا لا يملك شيأ من احكام ملك المال لكون رقبته مملوكة ولا ينفع اذن المولى (ولا الهبة) ولو بعوض (والتصدق الا بيسير والتكفل والاقراض واعتاق عبده ولو بمال وبيع نفسه اى العبد (منه) اى من العبد لان هذه تبرعات فلا يملكها المكاتب (الاب والوصى فى رقيق الصغير كالمكاتب) اى كل تصرف يملكه المكاتب فى عبده يملكانه فى رقيق الصغير وما لا فلا لانهما يملكان فيه تصرفا يحصل به المال للصغير كالمكاتب يملك كسب المال فحكمهما حكمه فيملكان كتابة عبده لا اعتاقه على مال وبيع عبده من نفسه ويملكان تزويج امته لا اعتاقها على مال

وهو فك الحجر كما قال الزيلعى والكتابة معاوضة مال بغير مال فى الابتداء اذ البدل مقابل بفك الحجر ابتداء وهو ليس بمال اه ومثله فى العناية ﴿فصل فى تصرفات المكاتب﴾ قوله صح بيعه وشراؤه) كذا اجارته واعارته وابداعه واقراره بالدين واستيفاؤه وقبول حوالة بدين عليه لا ان لم يكن عليه وله ان يشاركه عنانا لا مفاوضة لاستلزامها الكفالة وهو ليس من اهلها كما فى البدائع وذكر فيها حكم وصيته مبسوطا قوله ولو بالمحاباة) يعنى اليسيرة لما قال قاضيخان ولا يحابى محاباة فاحشة كالعبد المأذون اه قوله لانه ليس فى صلب العقد) يعنى ليس متمكنا فى صلبه لانه غير داخل فى احد البدلين لما قال فى العناية الشرط الباطل انما يبطل الكتابة اذا تمكن فى صلب العقد وهو ان يدخل فى احد البدلين كما اذا قال كاتبتك على ان تخدمنى مدة او زمانا وهذا ليس كذلك لانه لا شرط لا فى بدل الكتابة ولا فيما يقابله فلا تفسد به الكتابة اه قوله وصح كتابة رقيقه) يعنى الذى لم يتكاتب عليه بقرابة الولاد قوله وان لم يؤده بعد عتقه بل قبله فالولاء) قال الزيلعى ولا ينتقل عنه باداء الاول بعده لان المولى جعل معتقا والولاء لا ينتقل عن المعتق الى غيره اه قوله وان اديا جميعا معا الخ) كذا فى البدائع قوله اى لا يصح تزوجه) يعنى لا ينفذ تزوجه بلا اذن المولى قوله والتصدق الا بيسير) يعنى من المأكول قال فى البدائع حتى لا يجوز له ان يعطى فقيرا درهما ولا يكسوه ثوبا وكذا لا يجوز له ان يهدى الا بشئ قليل من المأكول اه وقال فى الجوهرة ولا يهب ولا يتصدق الا باليسير يعنى كالرغيف ونحوه والبصل والملح ونحو ذلك اه وفى غير ذلك اذا وهبه او تصدق به ثم عتق رد اليه حيث كانت الهبة والصدقة لان هذا عقد لا مجيز له حال وقوعه فلا يتوقف كذا فى البدائع قوله والتكفل) اى لا بالنفس ولا بالمال لا باذن المولى ولا بغير اذنه لانها تبرع والمولى لا يملك كسب المكاتب (ولا) فلا يصح اذنه بالتبرع به كذا فى البدائع وقال فى الجوهرة فان اذن له مولاه فى الكفالة فكفل اخذ به بعد العتق اه وقال شيخ مشايخنا المقدسى رحمهم الله فى شرحه نظم الكنز ولو كفل عن سيده صح لان بدل الكتابة عليه فلم يكن متبرعا اه ويعنى لو كان باذن المولى ليلتقى قصاصا بما ادى من بدل كتابته قوله الاب والوصى فى رقيق الصغير كالمكاتب فيملكان كتابة عبده) يعنى استحسانا واذا اقر الاب او الوصى بقبض بدل الكتابة فان كانت ظاهرة بمحضر من الشهود يصدق ويعتق المكاتب وان لم تكن معروفة لم يجز اقراره بالعتق لانه فى الاول اقرار باستيفاء الدين فيصح وفى الثانى بالعتق وهو لا يصح كذا فى البدائع

(ولا يملك شيأ منهما مضارب وشريك) شركة مفاوضة اوعنان لانهما لا يملكان الا التجارة والتزويج والكتابة ايسامنها (ويتكاتب عليه بالشراء من بنيهما ولاد) لان المكاتب اهل لان يكاتب وان لم يكن اهلا للعتق فيجعل كل منهم مكاتبا معه تحقيقا للصلة بقدر الامكان واقواهم دخولا الولد المولود فى كتابته ثم الولد المشترى ثم الابوان ولهذا يتفاوتون فى الاحكام فان المولود فى كتابته يكون حكمه كحكم ابيه حتى اذا مات ابوه ولم يترك وفاء سعى على نجوم ابيه والولد المشترى يؤدى بدل الكتابة حالا والا ردالى الرق والوالدان يردان الى الرق كما مات ولا يؤديان حالا ولا مؤجلا وانما كان كذلك لان الولد المولود فى الكتابة تبعيته ثابتة بالملك والبعضية الثابتة حقيقة وقت العقد والولد المشترى تبعيته ثابتة بالملك وبالبعضية بينهما حكما فى حق العقد لا حقيقة فى حقه اذ لا بعضية بينهما حقيقة بعد الانفصال والوالدان تبعيتهما باعتبار الملك لا البعضية فانهما ليسا بعض له فاختلفت الاحكام لذلك (لا غير ولو محرما كالاخ والعم) هذا عند ابى حنيفة وقالا يتكاتب عليه لان وجوب الصلة يشمل القرابة المحرمية ولهذا يعتق على الحر كل ذى رحم محرم منه وتجب نفقتهم عليه ولا يرجع فيما وهبهم ولا يقطع يده اذا سرق منهم الى غير ذلك من الاحكام وله ان للمكاتب كسبا لا ملكا حقيقة لوجود ما ينافيه وهو الرق ولهذا اذا اشترى امرأته لا يفسد نكاحه ويجوز دفع الزكاة اليه ولو وجد كنزا الا ان الكسب يكفى للصلة فى الولاد الا يرى ان القادر على الكسب يخاطب بنفقة الوالد والولد ولا يكفى فى غيرهما حتى لا يخاطب الاخ بنفقة اخيه الا اذا كان موسرا والدخول فى الكتابة بطريق الصلة فيختص الوجوب بدله (حتى جاز له) اى للمكاتب (بيعهم) لانه لم يتكاتبوا عليه فلم يمتنع بيعهم (لكنه) اى المكاتب (اذا ادى البدل عتقوا) لان كسب المكاتب موقوف بين ان يؤدى فيتقرر له وبين ان يعجز فيتقرر للمولى وههنا تقرر له فعتقوا عليه (ولا سعاية عليهم) لانه صار كشراء القريب ابتداء (اشترى) المكاتب (ام ولده لو كانت (معه) اى مع ولدها (لم يجز بيعها) لان الولد لما دخل فى كتابته امتنع بيعه لما ذكر فتبعته امه فامتنع بيعها لانها تبع له قال عليه الصلاة والسلام اعتقها ولدها (والا) اى وان لم يكن ولدها معها (جاز) اى بيعها عند ابى حنيفة وعندهما لا يجوز لانها ام ولده فلا يجوز بيعها وله ان القياس جواز بيعها وان كان معها ولدها لان كسب المكاتب موقوف فلا يتعلق به ما لا يحتمل الفسخ اما اذا كان معها ولدها فيمتنع بيعها بتبعية الولد للحديث وبدون الولد لو ثبت ثبت ابتداء والقياس ينفيه (زوج) المكاتب (امته من عبده فكاتبهما فولدت منه) ولدا (دخل) اى الولد (فى كتابتها وكسبه لها) لان تبعية الام ارجح ولهذا يتبعها فى الحرية والرق كما مر (مكاتب او مأذون نكح بالاذن حرة) لا فى الواقع بل (بزعمها) حيث قالت انا حرة (فولدت المنكوحة) ولدا (فاستحقت فولدها عبد) عند ابى حنيفة وابى يوسف وقال محمد حر بالقيمة لانه شارك الحر فى سبب ثبوت هذا الحق وهو الغرور فانه لم يرغب فى نكاحها الا لينال حرية الاولاد ولهما انه ولد بين رقيقين فيكون

قوله ولا يملك شيأ منهما) اى التزويج والكتابة قوله ويتكاتب عليه بالشراء من بنيهما ولاد) هم الاصول وان علوا والفروع له وان سفلوا قوله ولهذا يتفاوتون فى الاحكام) منها ان المولى لا يطالب من دخل فى الكتابة تبعا بل مقصودا ولا يطالب التبع حال قيام المتبوع قوله والوالدان يردان الى الرق كما مات ولا يؤديان حالا ولا مؤجلا) كذا فى التبيين والعناية ويخالفه ما قال فى البدائع اذا مات المكاتب من غير مال يقال للولد المشترى اوللوالدين اما ان تؤدوا الكتابة حالا والا رددنا كم فى الرق بخلاف الولد المولود فى الكتابة اهلكن ينتفى المخالفة بحمل ما فى البدائع على قول الصاحبين وبحمل غيره على قول الامام كما صرح به فى مختصر الظهيرية وسنذكره قوله وقالا يكاتب عليه) اى ويسعى على نجومه عندهما كما فى الخانية قوله زوج المكاتب امته من عبده) هكذا فى غير ما كتاب مع ما تقدم من ان المكاتب لا يزوج عبده فليتأمل وقد يقال انه لا منافاة لان تزويج المكاتب امته من عبده ليس مفيدا صحة عقده وملكه اياه وما ذكر من انه لا يزوج عبده عام غير انه ان زوج عبده من امته وان لم يملكه لا يمنع ثبوت النسب ودخول الولد فى كتابة امه فان النسب يثبت للشبهة كالنكاح الفاسد وكان المكاتب لا يملك التسرى ومع ذلك لو وطىء امة اشتراها فادعى ولدها ثبت نسبه منه ويكون كسبه له دون امه كما فى غاية البيان وهنا كسبه لامه لكونه جزأ لها كما ذكره المصنف وليس تزويج المكاتب عبده كتزوجه يكون موقوفا اذ لا مجيز له حال صدوره وتزوجه بموله مجيز وهو المولى الحر فصار تزويجه كهبته الكثير وفى غاية البيان هبته وصدقته غير اليسير لا تصح فيسترده بعد عتقه اذ لا مجيز لهما حال الهبة والصدقة

قوله لان حق المولى) اى مولى الامة التى ظهرت مستحقة هناك الاشارة الى مسئلة الحر المغرور قوله وههنا بقيمة متأخرة الى مابعد العتق) الزام لصدر رحمه الله بما يقوله من ان القيمة لازمة للمغرور بعد حريته كما صرح به فى شروح الجامع الصغير من ان قيمة الاولاد عنده اى محمد يتأخر اداؤها الى مابعد العتق فكان المانع من الحاقه بالحر موجودا وهو الضرر اللاحق بالمستحق بالتأخير الى مابعد العتق قوله فبقى) اى الولد على الاصل فى تبعية الام فى الرق او فبقى المكاتب

على الاصل وهو رق ولده لرق امه ولم يلحق اى المكاتب والمأذون به اى بالحر فلا يكون ولده حرا بالقيمة فى هذه الصورة قوله اواشتراها شراء صحيحا فاستحقت) الاستحقاق يمنع صحة الشراء فكيف يوصف الشراء بها فكان ينبغى ان يقال كما فى المواهب لو وطىء مشتراته فاستحقت او ردت لفساد البيع الخ قوله فيكون الاذن بالشراء اذنا بالوطء) غير مسلم فكان ينبغى تركه والاقتصار على ما ذكر قبله وبعده يوضحه ما فرق به فى العناية بان الكتابة اوجبت الشراء والشراء اوجب سقوط الحد وسقوط الحد اوجب العقر فالكتابة اوجبت العقر ولا كذلك النكاح اه قوله والا سعى فى ثلثى قيمته او ثلثى البدل بموته معسرا) هذا عند ابى حنيفة لان الثلث مستحق بالتدبير المتأخر فيسقط به ثلث بدل الكتابة وهما اى ابو يوسف ومحمد عينا الاقل منهما للسعاية وهو الاظهر والخلاف هنا فى الخيار واما المقدار فمتفق عليه وهو القول بالثلثين كما فى البرهان قوله يجوز ان يستولد مكاتبته) غير جيد فان مراده بالجواز الصحة لا الحل لانه قدم فى ثبوت النسب انه لا يحل للمولى وطء مكاتبته وبه صرح الاكمل وغيره فلو قال كالكنز ولدت مكاتبة من سيدها الخ لتخلص عن هذا قوله فتصير ام ولده) يعنى وان لم تصدقه لانها ام ولده له رقبة كما فى التبيين لكنها لو ولدت ولدا آخر حال كتابتها لم يثبت نسبه من غير دعوة لحرمة وطئها عليه واذا ماتت من غيره وفاء سعى هذا الولد فى بدل الكتابة لانه مكاتب تبعا لها ولو مات (ومؤجل) المولى بعد ذلك عتق وبطل عنه تعب السعاية كما فى التبيين قوله وتأخذ العقر منه) كذا فى التبيين وهو ظاهر فيما اذا اقر بوطئها حال كتابتها اما لو جاءت بالولد لدون ستة اشهر من الكتابة ولم يقر بالوطء بعد الكتابة لا يتوجه استحقاقها العقر عليه فلينظر

رقيقا وقدمنا مرارا ان الولد يتبع الام فى الرق والحرية لكن ترك هذا الاصل فى المغرور باجماع الصحابة رضى الله تعالى عنهم وهذا ليس فى معناه ليلحق به لان حق المولى هناك مجبور بقيمة ناجزة وههنا بقيمة متأخرة الى مابعد العتق فبقى على الاصل ولم يلحق به (وطء المكاتب امة اشتراها فاسدا فردت) على مولاها (او) اشتراها شراء (صحيحا فاستحقت ضمن عقرها حالا) اى يؤخذ حال الكتابة (كالمأذون بالتجارة) فانه اذا فعل هكذا يضمن عقرها حالا (نكحها بلا اذن فاستحقت ضمن) العقر (بعد عتقه) والفرق ان فى الاول ظهر الدين فى حق المولى لان التجارة وتوابعها داخلة تحت الكتابة وهذا العقر من توابعها اذ لولا الشراء لم يسقط الحد ومالم يسقط لا يجب العقر وفى الثانى لم يظهر فى حقه لان النكاح ليس من الاكتساب فلا يدخل فى الكتابة قال صدر الشريعة ولقائل ان يقول ان العقر ثبت بالوطء لا بالشراء والاذن بالشراء ليس اذنا بالوطء والوطء ليس من التجارة فى شىء فلا يكون ثابتا فى حق المولى * اقول جوابه انا سلمنا ان العقر يثبت بالوطء لا بالشراء ابتداء لكن الوطء مستند الى الشراء اذ لولاه لكان الوطء حراما بلا شبهة فلا يثبت به العقر فيجب الحد فيكون الاذن بالشراء اذنا بالوطء والوطء نفسه وان لم يكن من التجارة لكن الشراء منها فيكون ثابتا فى حق المولى (للمولى ان يدبره) اى يجوز لمولى المكاتب ان يدبره (فان عجز بقى مدبرا والا سعى فى ثلثى قيمته او ثلثى البدل بموته معسرا) يعنى ان المكاتب بعد التدبير مخير اما ان يعجز نفسه ويكون مدبرا او يمضى على الكتابة فان مضى عليها فات المولى ولا مال له سواه فهو بالخيار اما ان يسعى فى ثلثى قيمته او ثلثى بدل الكتابة وانما قال معسرا لانه اذا مات موسرا بحيث يخرج المدبر من ثلثه فانه يعتق بالتدبير ويسقط عنه بدل الكتابة (ويستولدها) عطف على يدبره اى للمولى يجوز ان يستولد مكاتبته بان وطئها فولدت فادعى الولد فتصير ام ولد له (ومضت عليها او عجزت وكانت ام ولد) اى خيرت بين ان تمضى على الكتابة وتؤدى البدل فتعتق قبل موت المولى وتأخذ العقر منه وبين ان تعجز نفسها فتعتق بعد موت المولى (ويكاتب) عطف على يدبره او يستولدها اى للمولى ان يكاتب (ام ولده وعتقت بموته) لتعلق عتقها بموته (مجانا) اى سقط عنها بدل الكتابة لان الغرض من ايجابه العتق عند الاداء فاذا عتقت قبله لا يمكن توفير الغرض عليه (ومدبره) عطف على ام ولده اى يجوز له ان يكاتب مدبره (وسعى فى ثلثى قيمته او كل البدل بموته) اى مولاه (معسرا) هذا عند ابى حنيفة وعند ابى يوسف يسعى فى الاقل منهما وعند محمد يسعى فى الاقل من ثلثى القيمة او ثلثى البدل والخيار وعدمه فرع التجزى وعدمه كما مر (ويصالح) المولى (مع مكاتبه من الفين

ومؤجل على الف حال) والقياس ان لا يجوز لانه اعتياض عن الاجل بالمال وجه الاستحسان ان الاجل فى حق المكاتب مال من وجه لانه لا يقدر على الاداء الا به وبدل الكتابة ليس بمال من وجه حتى لا يصح الكفالة به فاعتدلا (مات مريض كاتب عبده) فى مرضه وليس له مال سوى العبد (على ضعف قيمته) بان كان قيمته الفا فكاتبه على الفين (بأجل ورد ورثته) هذا التصرف (ادى) اى المكاتب (ثلثى البدل حالا وباقيه مؤجلا اواسترق) يعنى ان العبد مخير بين ان يؤدى ثلثى البدل حالا والباقى مؤجلا وبين ان يأبى فيسترق وهذا عند ابى حنيفة وابى يوسف وعند محمد يؤدى ثلثى الالف حالا والباقى الى اجله لان المريض ليس له التأجيل فى ثلثى القيمة اذ لا حق له فيه وفيما وراءه يصح له الترك فيصح التأخير ولهما ان جميع المسمى بدل الرقبة وحق الورثة متعلق بالبدل فلا يجوز التأخير فى ثلثيه (واو) كاتبه المريض (على نصفها) اى نصف قيمته بان كاتبه على الف وقيمته الفان (ادى ثلثى [illegible] حالا) وسقط الباقى من القيمة (اواسترق) يعنى انه مخير بين الامرين لان المحاباة وقعت فى المقدار وفى التأخير فينفذ بالثلث لا الثلثين (حر كاتب عن عبد بالف وادى الحر عتق) العبد (ولا يرجع) الحر (عليه وان قبل العبد فكاتب) صورته ان يقول حر لمولى العبد كاتب عبدك على الف درهم على انى ان اديت اليك الفا فهو حر وكاتبه المولى على ذلك يعتق بادائه بحكم الشرط واذا قبل العبد صار مكاتبا لان الكتابة كانت موقوفة على اجازته وقبوله اجازة ولو لم يقل على انى ان اديت اليك الفا فهو حر فأدى لا يعتق قياسا لان الشرط معدوم والعقد موقوف والموقوف لا حكم له ويعتق استحسانا اذ لا ضرر للعبد الغائب فى تعليق عتقه باداء القائل فيصح فى حق هذا الحكم ويتوقف على لزوم الالف ولو أدى الحر البدل لا يرجع على العبد لانه متبرع (كوتب عبد حاضر وغائب وقبل الحاضر) العقد (فاى) منهما (ادى) البدل (قبل) المولى ذلك البدل (جبرا وعتقا) صورته رجل له عبدان قال له احدهما كاتبنى بالف عن نفسى وعن فلان ففعل وقبل الحاضر فالقياس ان يصح فى حصة الحاضر ويتوقف فى حصة الغائب على قبوله وجه الاستحسان ان الحاضر باضافة العقد الى نفسه ابتداء جعل نفسه فيه اصيلا والغائب تبعا كأمة كوتبت دخل اولادها تبعا حتى عتقوا بادائها وليس عليهم من البدل شئ فاذا صحت عن الحاضر فللمولى ان يأخذ بكل البدل لاصالته فايهما ادى يجبر المولى على القبول اما الحاضر فلكون البدل عليه واما الغائب فلانه ينال شرف الحرية وان لم يكن البدل عليه وصار كمعير الرهن اذا ادى الدين يجبر المرتهن على القبول لحاجته الى تخليص دينه وان لم يكن الدين عليه (و) ايهما ادى (لم يرجع) على الآخر لانه متبرع فى حق الآخر (وقبول الغائب لغو) فلا يؤخذ بشئ لنفاذ العقد على الحاضر (فان حرره) اى اعتق المولى الغائب (سقط عن الحاضر حصته) من البدل لان الغائب دخل فى العقد مقصودا فكان البدل منقسما عليهما

قوله فلا يجوز التأخير فى ثلثه) كذا بصورة افراد الثلث فى النسخ وصوابه فى ثلثيه بالتثنية والضمير المضاف الى الثلثين راجع للحق والمراد بعدم الجواز عدم اللزوم فهو موقوف على اجازة الورثة لتعلق حقهم بالثلثين قوله ولو كاتبه على نصفها) اى الى اجل ولم تجز الورثة ادى ثلثى القيمة حالا او رد رقيقا فى قولهم جميعا قوله فينفذ فى الثلث لا الثلثين) اى صح تصرفه فى ثلث قيمته فى الاسقاط والتأخير لكن لما سقط ذلك الثلث لم يبق التأخير ايضا ولم يصح تصرفه فى ثلثى القيمة لا فى حق الاسقاط ولا فى حق التأخير كذا فى العناية قوله وان قبل العبد فكاتب) قال الزيلعى ولو قال العبد لا اقبله فأدى عنه الرجل الذى كاتب عنه لا يجوز لان العقد ارتد برده اه قوله صورته الخ) انما صور بهذه لانه يعتق فيها العبد قياسا واستحسانا باداء الحر القابل والا فقد قيل صورة مسألة الكتاب ان لا يذكر الحر فى مكاتبته تعليق العتق على ادائه بل يكفى ان يقول كاتب عبدك فلانا على الف درهم ولكنه يعتق استحسانا لا قياسا قوله ولو ادى الحر البدل لا يرجع على العبد) قيد به لانه قيل يرجع به على مولاه كما فى التبيين قوله لانه متبرع) يعنى وقد حصل مقصوده وهو عتق العبد ولا بد من هذه الزيادة لانه اذا ادى بعض البدل يرجع بما اداه على المولى لعدم حصول مقصوده وهو العتق سواء ادى بضمان او بغير ضمان واذا ادى كل البدل بضمان يسترد ما اداه لانه كان باطلا كما لو ضمن بدل الكتابة الصحيحة فأدى يرجع بما اداه فههنا اولى بخلاف ما اذا اداه بلا ضمان لا يرجع لانه تبرع به لتحصيل العتق فتم مراده كذا فى التبيين قوله كوتب عبد حاضر وغائب وقبل الحاضر) كان ينبغى ان يزيده صح قوله لحاجته الى تخليص عينه) هو الصواب ووقع فى بعض النسخ لفظ دينه بدل عينه وهو غلط قوله وقبول الغائب لغو) كذا رده كما فى التبيين قوله فان حرره سقط عن الحاضر حصته) بخلاف ما اذا ابرأه اى المولى

الغائب او وهبه مال الكتابة لايصح لعدم وجوبه عليه ولو ابرأ الحاضر او وهبه له عتقا جميعا كما في التبيين قوله كوتبت امة وطفلان لها)
اشارة الى ما ذهب اليه بعض المشايخ رحمهم الله تعالى ان ثبوت الجواز ههنا قياس واستحسان لان الولد تابع لها بخلاف الاجنبي فانه
استحسان لاقياس قال في العناية واري انه الحق اهـ (باب كتابة العبد المشترك) قوله وفائدته انه اذا لم يأذن فله حق الفسخ) قال في البدائع
لانه يتضرر بالكتابة في الحال وفي ثاني الحال لانه لايجوز بيعه في الحال لان نصفه ❁ ٣٠ ❁ مكاتب وفي ثاني الحال يصير مستسعى

وان لم يكن مطالبا به بخلاف الولد المولود في الكتابة حيث لايسقط عن الامة شيء من البدل بعتقه لانه لم يدخل مقصودا ولم يكن يوم العقد موجودا وانما دخل في الكتابة تبعا وكذا ولدها المشترى (وان حرر) المولى المكاتب (الحاضر او مات) الحاضر (سقط) حصته الحاضر (وادى الغائب حصته حالا والا ردقنا) لما مر انه داخل في العقد مقصودا بخلاف الولد المولود في الكتابة حيث يبقى على نجوم والدة اذا مات (كوتبت امة وطفلان لها وقبلت فأي ادى لم يرجع وعتقوا) لما مر في المسئلة الاولى

باب كتابة العبد المشترك

(احد شريكي عبد اذن للآخر بكتابة حصته) اي حصة الآخر (بالف وقبضه) اي قبض الالف (ففعل وقبض بعضه فهو له) اي للقابض (ان عجز) المكاتب وقالا هو مكاتب بينهما ومادى فهو بينهما فان الكتابة عندهما غير متجزئة فالاذن بكتابة نصيبه اذن بكتابة الكل فالقابض اصيل في البعض ووكيل في البعض والمقبوض مشترك بينهما فبقي كذلك بعد العجز وعنده متجزئة فيكون الاذن مقتصرا على نصيبه وفائدته انه اذا لم يأذن فله حق الفسخ فبالاذن لايبقى له ذلك واذنه لشريكه بالقبض اذن للعبد بالاداء اليه فيكون متبرعا في نصيبه على القابض فيكون له (ولو) قبض (كله عتق نصيبه) اي القابض (مكاتبة لرجلين جاءت بولد فادعاه احدهما ثم وطء الآخر فجاءت بولد فادعاه فعجزت فهي ام ولد للاول) لان احدهما لما ادعى الولد صحت دعوته لقيام ملكه فصار نصيبه ام ولد له لان المكاتبة لاتقبل النقل من ملك الى ملك فيقتصر امومية الولد على نصيبه كما في المدبرة المشتركة واذا ادعى الآخر ولدها الثاني صحت دعوته ايضا لقيام ملكه ثم اذا عجزت جعلت الكتابة كان لم تكن وتبين ان الامة كلها ام ولد للاول لان المانع من الانتقال قد زال ووطؤه سابق (وضمن) للآخر (نصف قيمتها) لانه تملك نصيبه لما استكمل الاستيلاد (ونصف عقرها) او طئه جارية مشتركة (وضمن شريكه عقرها) بالتمام لانه وطء ام ولد الغير حقيقة فلزمه كمال العقر (وقيمة الولد) يعني الولد الثاني (وهو ابنه) لانه بمنزلة المغرور لانه حين وطئها كان ملكه قائما ظاهرا وولد المغرور ثابت النسب منه وحر بالقيمة كما عرفت (واى دفع اليها العقر صح) لان الكتابة مادامت باقية فحق القبض لها لاختصاصها بمنافعها وابدالها واذا عجزت ترد الى المولى لظهور اختصاصه (وان دبر الثاني ولم يطأها فعجزت بطل التدبير)لانه لم يصادف الملك اما عندهما فظاهر لان المستولد تملكها قبل العجز

فكان له حق الفسخ والكتابة تحتمل الفسخ ولا يصح فسخه الا بقضاء القاضي او برضى العبد فان لم يعلم حتى ادى العبد عتق نصفه ورجع الشريك الذي لم يكاتب على شريكه بنصف ما اخذ لانه كسب عبد بينهما ورجع الذي كاتب على العبد بما قبض شريكه منه لانه كاتبه على بدل ولم يسلم له فيرجع عليه الى تمام البدل ومايكون من الكسب في يد العبد له نصفه بالكتابة ونصفه لشريكه الذي لم يكاتب هذا في الكسب الذي اكتسبه قبل الاداء وما اكتسبه بعد الاداء فهو له خاصة لانه بعد الاداء يصير مستسعى وهو احق بمنافعه ومكاسبه من السيد والقول له فيه لان الكسب حادث فيحال حدوثه الى اقرب الاوقات اهـ قوله ولو قبض كله عتق نصيبه) اي القابض الذي اذنه شريكه في مكاتبة نصيبه وليس له مشاركته فيما قبض ان كان اذن له بقبض البدل والا شاركه فيه كما تقدم قوله وضمن للاول نصف قيمتها) يعني حال كونها مكاتبة وهذا عند ابي يوسف لانه تملكه في حال كتابتها وسواء كان موسرا او معسرا لانه ضمان تملك وهو لايختلف بهما وقال محمد يضمن الاقل من نصف قيمتها ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة لان حق الشريك في نصف القيمة على اعتبار العجز عن الاداء وفي نصف بدل الكتابة
على اعتبار الاداء والاقل متيقن فيجب كذا في التبيين وقيمة المكاتب نصف قيمته قنا لانه حر يدا وبقيت الرقبة (واما)
كذا في الفتح قوله واى دفع اليها العقر صح لان الكتابة مادامت باقية الخ) كان الاولى في التعليل ان يقول كما قال الزيلعي لانه
حقها حال قيام الكتابة لاختصاصها بنفسها فاذا عجزت ترده الى المولى لظهور اختصاصه بها

واما عنده فلانه بالعجز تبين انه تملك نصيبه من وقت الوطء فتبين انه صادف ملك غيره والتدبير يعتمد الملك بخلاف النسب فانه يعتمد الغرور كما مر (وهى ام ولد للاول) لما مر انه تملك نصيب شريكه وكمل الاستيلاد (والولد له) لما مر ان دعوته صحيحة لقيام المصحح (وضمن لشريكه نصف عقرها) لوطئه جارية مشتركة (ونصف قيمتها) لانه تملك نصفها بالاستيلاد وهو تملك بالقيمة (فان حررها) يعنى ان كانا كاتباها ثم حررها (احدهما غنيا فعجزت ضمن المحرر نصف قيمتها لشريكه ورجع) الضامن به (عليها) عنده وعندهما لا يرجع وهذا مبنى على ما مر ان الساكت اذا ضمن المعتق يرجع عنده لا عندهما (عبد لرجلين دبره احدهما فحرره الآخر غنيا او عكسا) اى حرره احدهما غنيا ثم دبره الآخر (اعتق المدبر او استسعى فيهما) اى فى الصورتين (او ضمن شريكه فى الاولى فقط) وهى ما اذا دبره احدهما اولا فانه اذا دبره اولا فلشريكه تضمينه او اعتاق حصته او الاستسعاء من العبد عند ابى حنيفة فاذا اعتق لم يبق له ولاية التضمين والاستسعاء وافسد به نصيب المدبر فله ان يعتق او يستسعى او يضمن قيمته مدبرا وهى نصف قيمته قنا او ثلثاها كما مر وبالضمان لا يملكه لانه لا ينتقل من ملك الى ملك وفى الصورة الثانية وهى صورة العكس اذا حرر الاول فللآخر الخيارات الثلاث عنده فاذا دبره لم يبق له ولاية التضمين بل ولاية الاعتاق او الاستسعاء فولاية الاعتاق والاستسعاء ثابتة فى الصورتين والتضمين يختص بالاولى وعندهما اذا دبره احدهما فاعتاق الآخر باطل لان التدبير لا يتجزأ عندهما فيتملك نصيب صاحبه بالتدبير ويضمن نصف قيمته قنا موسرا كان او معسرا لانه ضمان تملك فلا يختلف بالاعسار واليسار وان اعتقه احدهما فتدبير الآخر باطل لان الاعتاق لا يتجزأ عندهما فيضمن نصف قيمته ان كان موسرا ويسعى العبد ان كان معسرا لان هذا ضمان اعتاق فيختلف باليسار والاعسار

باب الموت والعجز

(مكاتب عجز عن نجم) النجم الطالع ثم سمى به الوقت لانه يعرف به ثم سمى به ما يؤدى فيه للملابسة بينهما (او) كان (له مال سيصل لم يعجزه الحاكم) اى لم يحكم بعجزه (الى ثلاثة ايام) نظرا للجانبين لانها مدة ضربت لابلاء الاعذار كامهال الخصم للدفع والمديون للقضاء (والا) اى وان لم يكن له وجه سيصل (عجزه) هذا عندهما وعند ابى يوسف لا يعجزه حتى يتوالى عليه نجمان (وفسخها) اى فسخ الحاكم الكتابة بعد عجز المكاتب (بطلب مولاه او) فسخ مولاه (برضاه) اى رضا المكاتب وان لم يرض به العبد فلا بد من القضاء بالفسخ لانه عقد لازم تام فلا بد من القضاء او الرضاء كما فى الرجوع عن الهبة وفى بعض الروايات ينفرد المولى بالفسخ ولا يشترط رضاه كما اذا وجد المشترى عيبا قبل القبض فانه ينفرد بالفسخ كذا فى الكافى اعلم ان حكم الكتابة الفاسدة ان يكون للمولى حق الفسخ واعادته الى الرق من غير رضاء العبد وللعبد ان يفسخ فى الجائزة والفاسدة بغير رضاء المولى كذا فى العمادية (وعاد رقه) لانفساخ الكتابة (وما فى يده) من الاكساب (لمولاه) اذ ظهر انه كسب عبده (وان مات عن وفاء لم تفسخ) الكتابة وعند الشافعى تفسخ لفوات المحل ونحن

قوله فعجزت ضمن المحرر نصف قيمتها لشريكه) يعنى اذا اختار تضمينه وان شاء اعتق او استسعى قوله ورجع الضامن به عليها عنده) يعنى ان شاء لانه قام مقام الساكت قوله وعندهما لا يرجع) قال الزيلعى ويستسعيها الساكت ان كان المعتق معسرا اه يعنى او يعتق قوله وهذا مبنى على ما مر ان الساكت اذا ضمن المعتق يرجع عنده لا عندهما) لم يتقدم المصنف رحمه الله تعالى ذلك بل سكت عنه وذكره ثمة ووجه عدم الرجوع عليها عندهما انه ضمن حصة شريكه باعتاقه وهو فعله فلا يلزمها ضمان ما لزمه بفعله لان الاعتاق لا يتجزأ عندهما

باب الموت والعجز

قوله لانه عقد لازم تام) يعنى فى حق المولى اما فى حق العبد فغير لازم نظرا له فيملك الفسخ من غير رضى مولاه كما فى البدائع

قوله وعتق بنيه) لوقال ولده كالكنز لكان اولى ليشمل البنات قوله وبأدائه حكم بعتق ابيه قبل موته وبعتقه) كذا جعل العتق مستندا صاحب الكنز ويخالفه ما في الظهيرية اذا مات عن وفاء واديت كتابته يستند العتق الى آخر جزء من اجزاء حياته وان مات لا عن وفاء لكن ترك ولدا ولد في الكتابة وسعى على نجوم ابيه وادى لا يستند بل يقتصر على وقت الاداء اه وينظر الحكم فيما لوكان الولد صغيرا رضيعا اولم يصل لقدرة الكسب فيتأمل فيه قوله ترك ولدا اشتراه فيها الخ) اشارة الى ان الوالدين ليسا كالولد فيباعان كسائر اكسابه وهذا عند ابي حنيفة وعندهما اذا مات المكاتب وترك ولدا مشترى او ابا او اما يسعى على نجوم المكاتب كالولد المولود في الكتابة كذا في مختصر الظهيرية قوله لانه) اى المتروك ان كان عينا يعنى يفى بالبدل لتعليله بامكان الوفاء في الحال قوله فيكون القضاء في مجتهد فيه فينفذ وتنفسخ الكتابة) جواب عما قيل فسخ الكتابة مبنى على نفوذ القضاء ولزومه وذلك لصيانة القضاء عن البطلان وفي صيانته بطلان ما يجب رعايته وهو الكتابة رعاية لحق المكاتب وليس احد البطلانين ارجح واجيب بأن القضاء اولى لانه اذا لاقى فصلا مجتهدا فيه نفذ بالاجماع وصيانة ما هو مجمع عليه اولى من صيانة كتابة اختلف الصحابة في بقائها كذا في العناية قوله طاب لمولاه صدقة اداها اليه فعجز) هذا بالاجماع وكذا يطيب للسيد ما يجده في يد عبده من الصدقة بعد العجز بالاجماع على الصحيح كما طاب ما اخذه الفقير صدقة ثم استغنى او تركه لوارثه الغنى وما اخذه ابن السبيل ثم وصل الى ماله كما في التبيين والبرهان قوله ومن الاصول المقررة الخ) يشير الى انه لو لم يتبدل كما اذا اباح الفقير للغنى او الهاشمى ما اخذه من الزكاة لا يحل او اباح ما اشتراه فاسدا لا يطيب بالاباحة ولو ملكه يطيب كما في التبيين قوله الاقل من قيمته ومن الارش) هكذا ذكره الكرخى وغيره وقال في الهداية الجناية (فاذا) انعقدت موجبة للقيمة وهو يشير الى ان الواجب هو القيمة لا الاقل منها ومن ارش الجناية وهو مخالف لما ذكرنا من رواية الكرخى والمبسوط وعلى هذا يكون تأويل كلامه اذا كانت القيمة اقل من ارش الجناية كذا في العناية

نقول تستند الحرية الى ما قبل الموت (وقضى بدله منه وحكم بموته حرا والارث منه وعتق بنيه سواء ولدوا في كتابته او شراهم حال كتابته او كوتب هو وابنه صغيرا او كبيرا معه) اى بكتابة واحدة فان كلا منهم يتبعه في الكتابة وبعتقه عتقوا (وان لم يترك وفاء لكن ولد في كتابته يسعى على نجومه وبأدائه حكم بعتق ابيه قبل موته وبعتقه) اى عتق الولد لانه داخل في كتابته وكسبه ككسبه فيخلفه في الاداء وصار كما اذا ترك وفاء (ترك ولدا اشتراه فيها) اى في كتابته (ادى) الولد (البدل حالا او رد رقيقا) عنده وعندهما يؤديه الى اجله اعتبارا بالمولود في الكتابة وله ان الاجل ثبت شرطا في العقد فيدخل في حق من دخل تحت العقد والمشترى لم يدخل اذ لم يضف اليه العقد ولم يسر حكمه اليه لانفصاله بخلاف المولود في الكتابة لانه متصل به وقتها فيسرى الحكم اليه واذا دخل في حكمه يسعى على نجومه (ترك ولدا من حرة ودينا يفى بالبدل فجنى الولد وقضى به) اى بموجب الجناية (على عاقلة امه لم يكن تعجيزا لابيه) لان هذا القضاء يقرر الكتابة لانها تقتضى الحاق الولد بموالى الام وايجاب العقل عليهم لكن على وجه يحتمل ان يعتق فينجر الولاء الى موالى الاب والقضاء بما يقرر حكمه لا يكون تعجيزا وانما قال ودينا يفى لانه ان كان عينا لا يتأتى القضاء بالالحاق بالام لامكان الوفاء في الحال (وان اختصم قوم امه وابيه في ولائه فقضى به لقوم امه فهو تعجيز) لان معنى القضاء يكون ولاء الولد لموالى الام ان الاب مات رقيقا وانفسخت الكتابة فيكون القضاء في مجتهد فيه فينفذ وتنفسخ الكتابة (طاب لمولاه صدقة اداها اليه فعجز) يعنى ان مولاه اذا لم يكن مصرفا للصدقة زكاة كانت او غيرها فأخذ المكاتب الزكاة مثلا لكونه من المصارف واداه الى المولى عن بدل الكتابة ثم عجز فظهر ان المولى اخذ الزكاة غنيا ومع ذلك يطيب له لانه اخذه عوضا عن العتق زمان الاخذ والعبد قد اخذه صدقة ومن الاصول المقررة ان تبدل الملك قائم مقام تبدل الذات اخذا من قوله صلى الله عليه وسلم لبريرة هى لك صدقة ولنا هدية (جنى المكاتب (جناية او جنايات خطأ كان عليه حالا) اى على المكاتب (في كسبه) لا على مولاه لان المكاتب مملوك للمولى رقبة وذاتا حر يدا وتصرفا فباعتبار انه مملوك رقبة يكون موجب جنايته على المولى وباعتبار انه حر يدا وكسبا يجب ان يكون موجب جنايته عليه لا على المولى فجعل موجب جنايته في كسبه حتى يكون موجب جنايته عليهما لان لهما حقا في اكسابه وقد تعذر دفعه بسبب الكتابة وهى حقهما فوجبت القيمة في مالهما (الاقل من قيمته ومن الارش) لان المكاتب عبد لكن تعذر دفعه بسبب الكتابة ولو كان ممكن الدفع يتخلص المولى بدفعه وان كان الارش اكثر من قيمة العبد

فاذاتعذر دفعه يتخلص بدفع قيمته كما فى المدبر (وان تكررت قبل القضاء لزمه قيمة واحدة) ولو جنى فقضى عليه ثم جنى اخرى يقضى عليه بقيمة اخرى لان جناية المكاتب لاتصير دينا الا بالقضاء او الصلح او الياس من الدفع بان يعتق او يموت فيتوقف وجوب القيمة على مايوجب توكيدها بأحد الاشياء الثلاثة (اقر بجناية خطألزمه فى كسبه) يعنى لو اقر المكاتب بجناية خطألزمته وحكم بها عليه لان جنايته مستحقة فى كسبه وهو احق باكسابه فينفذ اقراره كالحر واذالم يحكم عليه حتى عجز بطلت كذا فى القاعدية (جنى عبد مكاتبه مولاه جاهلا) بجنايته (فعجزاو) جنى (مكاتب فلم يقض به) اى بموجب جنايته (فعجز دفع) المولى العبد الى ولى الجناية (اوفدى) لانه الموجب لجناية العبد فى الاصل ولم يكن عالما بالجناية حتى يصير مختارا للفداء لكن الكتابة مانعة للدفع فاذازال المانع عادالحكم الاصلى (وان قضى به عليه حال كونه مكاتبا فعجز بيع فيه) لانتقال الحق من رقبته الى قيمته بالقضاء (لاينفسخ) اى الكتابة (بموت مولاه) لانهاسبب الحرية وسبب حق المرء حقه (ويؤدى البدل الى ورثته على نجومه) لانه استحق الحرية على هذا الوجه والسبب انعقد كذلك فيبقى بهذه الصفة ولايتغير لكن الورثة يخلفونه فى الاستيفاء (فان اعتقه بعضهم لايعتق) لانه لايملكه فان المكاتب لايملك بسبب من اسباب الملك والوراثة منها (فان اعتقوه عتق مجانا) والقياس ان لايعتق وجه الاستحسان انه يجعل ابراء عن بدل الكتابة فانه حقهم وقد جرى فيه الارث فيكون الاعتاق منهم ابراء اقتضاء او اقرارا بالاستيفاء منه فتبرأ ذمته فيعتق كما اذا ابرأه المولى عن بدل الكتابة كله وشرط ان يعتقوه فى مجلس واحد حتى لو اعتقوه كله متفرقا لم يعتق وقيل يعتق اذا اعتقه الباقون مالم يرجع الاول (تحته) اى المكاتب (امة طلقها ثنتين) لحصلت حرمة غليظة (فملكها لاتحل له) اى لايجوز له ان ينكحها (حتى تنكح) تلك المرأة زوجا (غيره) اى المكاتب لقوله تعالى فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره فان النكاح ههنا محمول على العقد الصحيح واشتراط الدخول ثبت بحديث العسيلة كما تقرر فى موضعه

﴿كتاب الولاء﴾

(هو) لغة من الولى بمعنى القرب وشرعا (قرابة حكمية حاصلة من العتق

(قوله وان تكررت قبل القضاء لزمه قيمة واحدة) فيه قصور لحكمه بلزوم القيمة واللازم الاقل منها ومن الارش وفيه نوع استدراك بقوله سابقا وجنايات خطأ وكان يغنيه عن هذا ان يقول ثمة اوجنايات خطأ قبل القضاء الخ (قوله او اليأس من الدفع) اى دفع رقبته لرده الى الرق (قوله واذالم يحكم عليه حتى عجز بطلت كذا فى القاعدية) فداوهم المصنف وابعد لان المسئلة فى شرح المجمع واما الابهام فلانها لاتبطل اصلا بل فى حق المولى للعود فى الرق ويؤاخذ بها بعد العتق عند ابى حنيفة خلافا لهما ونص شرح المجمع لو قتل خطأ فصالح على مال او اقر به فقضى عليه بالقيمة ثم عجز او اقر بقتل عمد ثم صالح ولم يؤد حتى عجز فهو مطالب بعد العتق عند ابى حنيفة وقالا مطلقا اى يطالب به فى الحال ويباع فيه بعده اه ومثله فى البرهان (قوله فان قضى به) اى بموجب الجناية وهو الاقل من قيمته ومن ارشها (قوله ويؤدى البدل الى ورثته على نجومه) هذا اذا كاتبه وهو صحيح ولو كاتبه وهو مريض لايصح تأجيله الا من الثلث اى فيؤدى ثلثى البدل حالا والباقى على نجومه كما فى التبيين (قوله فيكون الاعتاق منهم ابراء اقتضاء) يشير الى عدم صحة ابراء بعضهم لان البراءة منهم جميعا لم تثبت الا اقتضاء فى ضمن العتق واذالم يثبت المقتضى لايثبت المقتضى وهو ابراء البعض كما فى البرهان (قوله فملكها لاتحل له) اى لايجوز له ان ينكحها حتى تنكح زوجا غيره فيه نظر لانه اما ان يبقى على الكتابة حتى ملكها والمملوكة لا ينكحها مولاها وليس للمكاتب التسرى بها لعدم اهليته له واما ان يعتق قبل ملكها ثم ملكها والحكم فى عدم صحة نكاحها كذلك وتصحيح عبارة متنه ان يقال فملكها يعنى بعدم عتقه لايحل له اى (درر ه نى) وطؤها بملك اليمين حتى تنكح زوجا غيره اه ولكن يأباه قوله اى لايجوز له ان ينكحها (قوله لقوله تعالى الخ) الاستدلال به قاصر لانه قدم ان المراد به الطلقة الثالثة فيحتاج الى ان يقال والثنتان فى الامة كالثلاث فى حق الحرة

﴿كتاب الولاء﴾

(قوله هو لغة من الولى بمعنى القرب) و منه يقال بينهما ولاء اى قرابة (قوله وشرعا قرابة حكمية حاصلة من العتق

او الموالاة الاول) اى الولاء الحاصل من العتق يكون (لمعتق غير حربى) يعنى لو اعتق
حربى فى دار الحرب عبده لاولاء له عليه حتى اذا خرجا الينا مسلمين لا يرثه خلافا لابى
يوسف كذا فى الكافى وقال الزيلعى الذميون يتوارثون بالولاء كالمسلمين لانه احد اسباب
الارث (ولو بتدبير اوكتابة او ايلاد) اى جعل الامة ام ولده (او ملك قريب) بان
ملك قريبه فان كلا منها اعتاق يثبت به الولاء لقوله صلى الله عليه وسلم الولاء لمن اعتق
(وان شرط عدمه) يعنى او اعتق المولى عبده وشرط ان لا يرثه كان الشرط لغوا لكونه
مخالفا لحكم الشرع فيرثه كما فى النسب اذا شرط انه لا يرثه واورد بان الولاء بالتدبير او
الاستيلاد كيف يكون للمولى وام الولد والمدبر انما يعتقان بعد موت المولى واجيب بان
صورته ان يرتد المولى ويلحق بدار الحرب حتى يحكم بعتق مدبره وام ولده ثم جاء مسلما
فات مدبره وام ولده فالولاء له والاحسن ان يقال المراد ان ثبوت الولاء لعصبة المولى انما
يكون بسبب ثبوته للمولى فانه المستحق له اولا لصدور سبب العتق منه ثم يسرى منه الى
عصبته (اعتق امة زوجها قن الغير) هذه العبارة احسن من عبارة الوقاية زوجها قن (فولدت
لاقل من نصف حول من الاعتاق فله ولاء الولد بلا نقل عنه) يعنى اذا تزوج عبد رجل امة
لاخر فأعتق مولى الامة الامة وهى حامل من العبد عتقت وعتق حملها ثم يسرى منه وولاء
الحمل لمولى الام لا ينتقل عنه ابدا لانه عتق على معتق الام قصدا لانه جزء منها يقبل الاعتاق
قصدا لان الجنين فى حكم العتق كشخص على حدة حيث يجوز انفراده بالعتق فلا ينتقل
ولاؤه عنه لما روينا وهذا اذا ولدت لاقل من ستة اشهر من وقت الاعتاق للتيقن بقيام
الحمل وقت الاعتاق (وكذا لو ولدت ولدين احدهما الاقل منه) اى من نصف حول من
وقت الاعتاق (والآخر لاكثر منه وبينهما) اى بين الولدين (اقل من الاقل) اى اقل
من اقل مدة الحمل يعنى اقل من نصف حول لانا تيقنا حينئذ ان الاول كان موجودا وقت
العتق وتيقنا انهما توأمان حملت بهما جملة لعدم تخلل اقل مدة الحمل بينهما فاذا تناول
الاعتاق الاول تناول الآخر ايضا ضرورة فصار معتقا لهما وولاؤهما له لا ينتقل
منه ابدا (ولو ولدت) ولدا بعد عتقها (للاكثر) اى لاكثر من ستة اشهر
(فولاؤه) اى ولاء الولد (لمولاها) لانه عتق تبعا للام لاتصاله بها عند عتقها وقد
تعذر جعله تبعا للاب لرقيته (فان اعتق الاب جر ولاء ابنه الى قومه) لان الولاء
بمنزلة النسب قال صلى الله عليه وسلم الولاء لحمة كلحمة النسب لا يباع ولا يوهب ولا
يورث ثم النسب الى الآباء فكذا الولاء والنسبة الى موالى الام كانت لعدم اهلية
الاب ضرورة فاذا صار اهلا عاد الولاء اليه (عجمى له مولى موالاة نكح معتقة) سواء
كان معتقها من العرب اومن غيرها (فولدت) ولدا (فولاؤه لمولاها) عندهما وعند
ابى يوسف حكمه حكم ابيه لان النسب الى الاب كما اذا كان الاب عربيا بخلاف
ما اذا كان الاب عبدا لانه هالك معنى ولهما ان ولاء العتاقة قوى معتبر فى حق
الاحكام حتى اعتبرت الكفاءة فيه والنسب فى حق العجم ضعيف لتضييعهم انسابهم
ولهذا لا تعتبر الكفاءة بالنسب بينهم والضعيف لا يعارض القوى بخلاف ما اذا
(كان)

او الموالاة) يشير الى انه نوعان لاختلاف
السبب لان سبب ولاء العتاقة العتق على
الملك فى الصحيح خلافا لما قاله اكثر
اصحابنا ان سببه الاعتاق ووجه الصحيح
ان العتق يكون بلا اعتاق كعتق القريب
بالوراثة وسبب ولاء الموالاة العقد كذا
فى العناية (قوله لمعتق غير حربى الخ)
يستثنى منه اعتاق المسلم عبده الحربى بدار
الحرب لانه لا يعتق باعتاقه بالقول وانما
يعتق بالتخلية عند ابى حنيفة وعند ابى
يوسف يصير مولاه لثبوت العتق بالقول
وقول محمد مضطرب حتى لو خرجا
مسلمين لاولاء للمعتق عند ابى حنيفة
خلافا لابى يوسف كما فى البدائع (قوله
فان كلا منهما اعتاق) فيه تسامح لان ملك
القريب يحصل العتق بلا اعتاق وكذا
الاستيلاد (قوله والاحسن ان يقال
المراد ثبوت الولاء لعصبة المولى) يعنى
المتعصبين بانفسهم (قوله فانه المستحق له)
يتفرع عليه قضاء ديونه ونحوها منه (قوله
حيث يجوز انفراده) الاولى افراده
(قوله ولو ولدت ولدا بعد عتقها للاكثر)
اى من الاقل فهو شامل للستة فما فوقها
فقوله اى للاكثر من ستة اشهر قاصر عن
افادة متنه حكم الستة كما فوقها (قوله فان
اعتق الاب جر ولاء ابنه الى قومه) هذا
اذا لم تكن معتدة فان كانت فجاءت بولد
لاكثر من ستة اشهر من وقت العتق
ولاقل من سنتين من وقت الفراق
لا ينتقل ولاؤه الى موالى الاب لانه كان
موجودا عند عتق الام كذا فى التبيين
(قوله عجمى له مولى موالاة) انما فرضه
فيمن له مولى موالاة ليكون من ليس له
مولى موالاة اولى منه فى الحكم المذكور
(قوله سواء كان معتقها من العرب او
غيرها) اشارة الى ان وضع القدورى الخلاف فى معتقة العرب اتفاق ذكره الزيلعى وصاحب الجوهرة

كان الاب عربيا لان انساب العرب قوية معتبرة فى حكم الكفاءات والعقل من العاقلة لكون تناصرهم بها فاغنت عن الولاء (الام اذا كانت حرة الاصل بمعنى عدم الرق فى اصلها فلا ولاء على ولدها والاب اذا كان كذلك فلو عربيا لا ولاء عليه مطلقا ولو عجميا فالولاء عليه لقوم الاب ويرثه معتق الام وعصبته خلافا لابى يوسف) اعلم ان لفظ حر الاصل يستعمل عند الفقهاء فى معنيين احدهما من لم يجر على نفسه رق بل تولد من معتقة بعد مضى ستة اشهر من وقت النكاح والعلوق او ممن فى اصلها رقيق والثانى من لا يكون فى اصله رق اصلا وان الولاء كما صرح به صاحب الهداية وغيره مبنى على زوال الملك ولهذا قالوا لا تقبل الشهادة بالتسامع فى الولاء كما فى العتق وزواله فرع ثبوته وثبوته على الولد يكون من قبل الام لما تقرر ان الولد يتبع الام فى الرق والحرية ولا يسرى ملك الاب الى الولد فلا يكون زواله عن الولد الا من قبل معتق الام وعصبته فى حكمه فاذا لم يكن فى جانب الام رق لا يتصور على الولد ولاء وان اللفظ اذا كان قطعيا فى معنى وجب ان يحمل عليه الظاهر المحتمل له ولغيره وان المطلق يحمل على المقيد فى الروايات اذا عرفت هذه المقدمات فاعلم ان صاحب البدائع ذكر فيه ان من شرائط ثبوت الولاء ان لا تكون الام حرة اصلية فان كانت فلا ولاء لاحد على ولدها وان كان الاب معتقا لما ذكرنا ان الولد يتبع الام فى الرق والحرية ولا ولاء لاحد على امه فلا ولاء على ولدها فانه اراد بالحرية الاصلية الحرية الاصلية بالمعنى الثانى بقرينة قوله ولا ولاء لاحد على امه وقد عرفت ان الولاء مبنى على زوال الملك وزوال الملك بالواسطة لا يكون الا من قبل الام فاذا كانت حرة الاصل بهذا المعنى لم يثبت على الولد ملك فلا يثبت عليه ولاء ووافقه كلام الشيخ رشيد الدين محمد النيسابورى فى شرح التكملة وكلام صاحب المحيط فى مختصر المحيط وكلام الشيخ ابى محمد مسعود بن الحسين فى مختصره المشهور بالمسعودى وكلامه فيما صنفه فى الفرائض وسماه بالكافى واما ما قال فى المنية الولد وان علق حر الاصل بان كانت امه حرة اصلية او عارضية يجوز ان يثبت عليه ولاء اما لقوم الاب او لقوم الام ثم قال ان كان الاب حر الاصل لا ولاء لقوم الاب وكذا اذا كانت الام حرة الاصل لا ولاء لقوم الام لان حر الاصل لم يجر عليه عتق فالمتبادر من ظاهره ان الام اذا كانت حرة الاصل مطلقا جاز ان يثبت على ولدها الولاء وليس كذلك بل مراده بالحرية الاصلية ههنا الحرية الاصلية بالمعنى الاول بقرينة انه جعل الولد الذى من حرة عارضية وهى المعتقة حر الاصل ثم جعل الحرية الاصلية مقابلة للعارضية فلا مخالفة بينه وبين ما سبق من الحق فصورة كون الولاء لقوم الاب ما اذا كان فى نسب الاب رقيق والولد ولد من معتقة او ممن ولدت من معتقة وصورة كون الولاء لقوم الام ما اذا كان الاب نبطيا حر الاصل تزوج بمعتقة انسان او من ولدت من معتقة فان ولاء الولد فى الاول لقوم الاب اتفاقا وفى الثانى لقوم الام عند ابى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى فالحاصل ان الابوين اذا كانا حرين اصليين بالمعنى الثانى فلا ولاء على الولد واذا كانا معتقين او فى اصلهما معتق فالولاء لقوم الاب واذا كان الاب معتقا او فى اصله معتق والام

(قوله والاب اذا كان كذلك فلو عربيا لا ولاء عليه) اى على ولده مطلقا تقييده بالعربى اتفاقى لانه لو كان الاب مولى عربى لا ولاء لاحد على ولده لان حكمه حكم العربى لقول النبى صلى الله عليه وسلم ان مولى القوم منهم كذا فى البدائع (قوله او عجميا فالولاء عليه الخ) مستدرك بقوله قبله عجمى له مولى موالاة (قوله ولهذا قالوا لا تقبل الشهادة بالتسامع فى الولاء) هذا عندهما خلافا لابى يوسف كما فى مختصر الظهيرية (قوله وثبوته على الولد يكون من قبل الام) يعنى بالاصالة لانه يثبت من قبل الاب او اليه باعتاقه وقد جاءت بالولد بعد عتقها ثم اعتق الاب يجر ولاء ولده الى مواليه كما تقدم (قوله فلا يكون زواله عن الولد الا من قبل معتق الام) يعنى زوالا بواسطة كما سيذكر والا فالحصر غير مسلم لان الولد اذا [illegible] ثم اعتقه مالكه كان الولاء له لا لموالى الام ولا لموالى الاب وكذا لو كان حملا واوصى به فاعتقه الموصى له به (قوله وليس كذلك بل مراده بالحرية الخ) فيه تكلف ظاهر لان العطف يقتضى المغايرة فالمخالفة ثابتة وحصل التدافع فى كلام المنية على هذا لتجويزه الولاء على من امه حرة بالاصالة ثم نفيه عنه بعده

حرة الاصل بذلك المعنى سواء كانت عربية اولا فالولاء على الولد لقوم الاب واذا كانت الام معتقة والاب حر الاصل بذلك المعنى فان كان عربيا فالولاء على الولد لقوم الام وان كان غير عربي فعند ابي حنيفة ومحمد يكون لقوم الام عليه ولاء خلافا لابي يوسف وههنا فوائد كثيرة ذكرناها في رسالتنا المعمولة في الولاء فمن ارادها فليراجع ثمة (ثم المعتق عصبة) اى شخص يأخذ مابقي من صاحب الفرض وكل المال عند عدمه (اخرت من) العصبة (النسبية) وهي على ماتقرر في علم الفرائض اما عصبة بنفسه اى ذكر لا فرض له ولا يدخل في نسبته الى الميت انثى واما بغيره وهي انثى يعصبها ذكر واما مع غيره كالاخت لاب وام اولاب تصير عصبة مع البنت وكلهم يقدم على المعتق (وقدمت العصبة (على ذوي الرحم) وهو من لا فرض له ويدخل في نسبته الى الميت انثى (فان مات السيد ثم المعتق فارثه لاقرب عصبة سيده) اى ان مات السيد (ثم المعتق ولا وارث له من النسب فارثه لاقرب عصبة سيده) على الترتيب المعروف (ويثبت به) اى بالولاء (العقل) وهو من العاقلة وسيأتي بيانها في كتاب المعاقل (وولاية النكاح) وقد مر في كتابه (ادعيا) اى شخصان (ولاء ميت وبرهن كل) منهما (انه اعتقه يقضى بالميراث والولاء لهما) لجواز اشترا كهما فيه كما في الملك ذكره في المنية (لا ولاء للنساء الا مع اعتقن كما في الحديث) وهو قوله صلى الله عليه وسلم ليس للنساء من الولاء الا ما اعتقن او اعتق من اعتقن او كاتبن او كاتب من كاتبن او دبرن او دبر من دبرن او جر ولاء معتقهن او معتق معتقهن اى ليس للنساء من الولاء الا ولاء من اعتقنه او ولاء من اعتق من اعتقنه واما ولاء المدبر فقد عرفت بيانه بالوجهين وعرفت ايضا مسئلة جر الولاء (والثاني) اى الولاء الحاصل من الموالاة (اذا والى حر مكلف) اى عاقل بالغ قيد به لان عقد الموالاة تصرف دائر بين النفع والضر لان فيه ايجاب الارث والتزام العقل فلا يصح بدون ذلك الا باذن كما سيأتي (مجهول النسب) قيد به لان من عرف نسبه لا يجوز ان يوالي غيره (غير عربي) قيد به لان تناصر العرب بالقبائل فاغنى عن الولاء (او) والى (صبي عاقل) قيد به لانه اذا لم يعقل لم يعتبر تصرفه اصلا (باذن ابيه او وصيه) لان الصبي من اهل ان يثبت له ولاء العتاقة اذا ثبت سببه بأن ملك قريبه او كاتب ابوه او وصيه عبده وعتق كان ولاؤه للصبي فجاز ان يثبت له ولاء الموالاة اذا صدر عنه عقدها بالاذن (او) والى (العبد باذن سيده) فانه يكون وكيلا من سيده لعقد الموالاة (آخر) مفعول والى (على انه يرثه) متعلق بقوله والى وبيان لعقد المولاة اى ان مات الاسفل ورثه الاعلى (ويعقل عنه) اى ان جنى الاسفل فديته على الاعلى سواء (اسلم) الاسفل (في يده) اى يد الاعلى

(قوله واذا كانت الام معتقة والاب حر الاصل بذلك المعنى وان كان عربيا) صوابه حذف ان من وان كان عربيا لكونه قسيما لقوله بعده وان كان غير عربي وفي نسخة بفاء التفريع ولا اعتراض عليها (قوله خلافا لابي يوسف) اى فانه يقول الولد يتبع الاب في الولاء كما في العربي لان النسب للآباء وان ضعف ولهما انه للنصرة ولا نصرة له من جهة الاب لان من سوى العرب لا يتناصرون بالقبائل (قوله يقضى بالميراث والولاء لهما) الملتقى فشمل مالو كان المال بيد احدهما وكان ينبغي ان يترجح صاحب اليد لكن كل منهما يثبت له الولاء اذ هو المقصود في هذه الدعوى وهما سيان ولم يرجح صاحب اليد لان سبب الولاء وهو العتق لا يتأكد بالقبض بخلاف الشراء كما في مختصر الظهيرية اه وهذا اذا لم يؤقت ولم يسبق القضاء باحدى البينتين لما قال في البدائع لو وقتا فالسابق اولى لانه اثبت العتق في وقت لا ينازعه فيه احد ولو كان هذا في ولاء الموالاة كان صاحب الوقت الاخير اولى لان ولاء الموالاة يحتمل النقض والفسخ فكان عقد الثاني نقضا للاول الا ان يشهد شهود صاحب الوقت الاول انه كان عقل عنه لانه حينئذ لا يحتمل النقض فأشبه ولاء العتاقة وان اقام البينة انه اعتقه وهو يملكه لا يعلمون له وارثا سواه فقضى له ثم اقام آخر البينة على مثل ذلك لم تقبل الا ان يشهدوا انه اشتراه من الاول قبل ان يعتقه ثم اعتقه وهو يملكه فيبطل قضاء الاول لانه تبين انه كان باطلا اه (قوله مجهول النسب) مفعول والى لا صفة لحر كما توهمه بعضهم لان الاعلى لا يشترط فيه جهل النسب ولا كونه غير عربي وكان الانسب للمصنف تأخير ذكر المفعول عن موالاة العبد والصبي غيرهما فيجعل العبارة هكذا والى حر مكلف او صبي عاقل او عبد باذن وليه وسيده مجهول النسب على ان يرثه الخ (قوله وغير عربي) يعني ولا مولى عربي كما في البدائع ويغني عن هذا كونه مجهول النسب لان العرب انسابهم معلومة (قوله او صبي باذن ابيه) (اولا) عطف على حر (قوله على انه يرثه ويعقل عنه الخ) لابد من اشتراط ذلك في العقد لما قال في الهداية ولابد من شرط الارث والعقل كما ذكره في الكتاب لانه بالالتزام وهو بالشرط اه وقال في الجوهرة ومنها اى الشرائط ان يشترط الميراث والعقل اه واعترض صاحب غاية البيان على وجوب اشتراط الارث والعقل لصحة عقد الموالاة بما يدل عليه كلام الحاكم في الكافي ورده قاضي زاده بانه ليس في شيء مما ذكره

(او لا) فان ماوقع فى عبارة بعض الفقهاء من ذكر الاسلام فى يده فقد خرج مخرج الغالب وهو ليس بشرط (صح) هذا العقد خلافا للشافعى (وعقله عليه وارثه له فى الاولين) اى الحر المكلف والصبى العاقل لان كلا منهما اهل للارث والتزام المال (وللسيد فى الاخير) اى العبد لانه ليس باهل لهما بل هو وكيل من الاهل كامر (ولو شرط) اى ولاء الموالاة (من الجانبين يتوارثان) اذ لا مانع من صحته (بخلاف ولاء العتاقة) حيث لا يرث الا الاعلى (واخر) مولى الموالاة (عن ذى الرحم) لان الموالاة عقدهما فلا يلزم غيرهما وذو الرحم وارث شرعا فلا يملكان ابطاله (وللاسفل النقل عنه الى غيره) اى يجوز للاسفل ان ينقل ولاءه عن الاعلى الى غيره (مالم يعقل) عنه فانه اذا عقل عن الاسفل ليس له ان يحول ولاءه لتعلق حق الغير به (او عن ولده) فانهما فى حق الولاء كشخص واحد (وللاعلى التبرى عنه) اى عن ولاء الاسفل (بمحضر منه) اى الاسفل قال فى الهداية للاعلى ان يتبرأ عن ولائه لعدم اللزوم الا انه يشترط فى هذا ان يكون بمحضر من الآخر كما فى عزل الوكيل قصدا بخلاف ما اذا عقد الاسفل مع غيره بغير محضر من الاول لانه فسخ حكمى بمنزلة العزل الحكمى فى الوكالة (المعتق لا يوالى احدا) لان ولاء العتاقة لازم لا يحتمل النقض (والت امرأة) اى عقدت عقد ولاء الموالاة مع شخص (فولدت مجهول النسب) اى ولدا لا يعرف له اب (صح) هذا العقد (وتبعها) ولدها ويصيران مولى ذلك الشخص (كذا لو اقرت به) اى بعقد الموالاة (او انشأته وهو) اى والحال ان ولدها المجهول النسب (معها) فانه صحيح ايضا وتبعها ولدها عند ابى حنيفة رحمه الله وقالا لا يتبعها لان الام لا ولاية لها فى ماله فاولى ان لا يكون لها فى نفسه وله ان الولاء كالنسب وهو نفع محض فى حق صغير لا يدرى له اب فتملكه الام كقبول الهبة قال فى المحيط والى ذمى مسلما او ذميا جاز وهو مولاه لانه يجوز ان يكون للذمى على المسلم ولاء العتاقة فكذلك ولاء الموالاة وان اسلم على يد حربى ووالاه هل يصح لم يذكره فى الكتاب وفيه خلاف قيل يصح لانه يجوز ان يكون للحربى ولاء العتاقة على المسلم فكذا ولاء الموالاة كما فى الذمى وقيل لا يصح لان فى عقد الموالاة مع الحربى تناصر الحربى وموالاته وقد نهينا عنه بخلاف الذمى اقول ظاهره مشكل لان الارث لازم للولاء وقد تقرر ان اختلاف الدينين مانع من الارث اللهم الا ان يقال معناه ان سبب الارث يثبت فى ذلك الوقت ولكن لا يظهر ما داما على حالهما فاذا زال المانع يعود الممنوع كما ان كفر العصبة او صاحب الفرض مانع من الارث فاذا زال قبل الموت يعود الممنوع

مايدل على عدم اشتراط الارث والعقل فليراجع (قوله ولو شرط من الجانبين يتوارثان) اى جاز ان يرث [illegible] التفاعل منتفية اه وذكر مثل قول المصنف فى غير ما كتاب كالجوهرة عن المبسوط والخجندى من غير خلاف ولكن نقل العلامة الشيخ على المقدسى رحمه الله عن ابن الضياء ما نصه ولو كان رجلان ليس لهما وارث مسلم وهما مسلمان فى دار الاسلام فوالى احدهما صاحبه ثم والاه الآخر فعند ابى حنيفة يصير الثانى مولى ﴿ ٣٧ ﴾ الاول ويبطل ولاء الاول وقالا كل منهما مولى لصاحبه لامكان الجمع بين الولايتين اذ يجوز ان يكون شخصان كل منهما يرث من صاحبه ويعقل عنه كالاخوين وابنى العم فلا يتضمن صحة احدهما انتقاض الآخر ولابى حنيفة ان المولى الاسفل تابع للاعلى وقومه كالمعتق تابع للمعتق ولذا يرث الاعلى الاسفل ويعقل عنه ولا يكون التبع متبوعا والمتبوع تبعا فلم يجز الجمع وتضمن صحة الثانى انتقاض الاول اه (قوله بخلاف ولاء العتاقة حيث لا يرث الا الاعلى) قد يرث كل منهما صاحبه باعتبار اعتاقه له كما اذا اشترى مستأمن عبدا بدار الاسلام فاعتقه ثم رجع المستأمن لدار الحرب فسبى فاشتراه عتيقه فاعتقه فكل منهما يكون مولى صاحبه وكذا الذمى اذا اعتق ذميا كان عبدا له فاسلم ثم هرب سيده ناقضا العهد الى دار الحرب فسبى واسلم فاشتراه عتيقه فأعتقه فكل منهما مولى صاحبه وكذا لو ارتدت امرأة بعد اعتاق عبدها ولحقت ثم سبيت فاشتراها عتيقها فاعتقها او اسلمت كما فى البدائع (قوله الا انه يشترط فى هذا اى فى فسخ عقد الموالاة) كذا فى النهاية والكفاية وقال تاج الشريعة اى فى انتقال الولاء الى غيره وتبرى الاعلى من ولاء الاسفل (قوله بمحضر من الآخر) المراد من الحضرة العلم حتى اذا وجد العلم بلا حضور كفى كذا فى غاية البيان (قوله كذا لو اقرت به) اشارة الى ان هذا العقد يثبت بالاقرار كالشهادة المفسرة وسواء كان الاقرار فى الصحة او المرض صرح به فى البدائع (قوله اقول ظاهره مشكل الخ) الاشكال مدفوع لانه نص فى البدائع على ان الاسلام ليس بشرط لصحة هذا العقد فيصح ويجوز موالاة الذمى الذمى والذمى المسلم والمسلم الذمى لان الموالاة بمنزلة الوصية بالمال ولو اوصى ذمى لذمى او لمسلم او مسلم لذمى بالمال جازت الوصية كذا الموالاة وكذا الذمى اذا والى ذميا ثم اسلم الاسفل جاز لما قلنا اه والله اعلم

﴿ كتاب الايمان ﴾ (قوله اليمين لغة القوة) قال الكمال لفظ اليمين مشترك بين الجارحة والقسم والقوة لغة تنبيه لبيان مفهومه وسببه وركنه وشرطه وحكمه فامامفهومه اللغوى فجملة اولى انشائية صريحة الجزئين يؤكد بها جملة بعدها خبرية وترك لفظ اولى يصيره غير مانع لدخول نحو زيد قائم زيد قائم وهو على عكسه فان الاولى هى المؤكدة بالثانية من التأكيد اللفظى وجملة اعم من الفعلية كحلفت بالله لافعلن او احلف والاسمية مقدمة الخبر كعلى عهد الله او مؤخرته نحو لعمرك لافعلن وهو مثال ايضا للغير المصرح بجزئيها ومنه والله وتالله فان الحرف جعل عوضا عن الفعل واسماء هذا المعنى التوكيدى ستة الحلف والقسم والعهد والميثاق والايلاء واليمين وخرج بانشائية نحو تعليق الطلاق والعتاق فان الاول ليس بانشاء فليست التعاليق ايمانا لغة وسببها الغائى تارة ايقاع صدقه فى نفس السامع وتارة حمل نفسه او غيره على الفعل او الترك فبين المفهوم اللغوى والشرعى عموم من وجه لتصادقهما فى اليمين بالله وانفراد اللغوى فى الحلف بغيره مما يعظم وانفراد الاصطلاحى فى التعليقات ثم قيل يكره الحلف بالطلاق والعتاق لقوله صلى الله عليه وسلم من كان حالفا فليحلف بالله الحديث والاكثر على انه لايكره لانه لمنع نفسه اوغيره ﴿ ٣٨ ﴾ ومحل الحديث على غير التعليق مما هو بحرف القسم وركنها اللفظ الخاص وشرطها الاسلام والعقل والبلوغ وحكمها الذى يلزم وجودها وجوب البر فيما اذا انعقدت على طاعة او ترك معصية فيثبت وجوبان لامرين الفعل والبر ووجوب الحنث فى الحلف على ضدهما وندبه فيما اذا كان المحلوف عليه جائزا ولزوم الكفارة فيما يجوز فيه الحنث او يحرم كذا فى الفتح والبحر (قوله وشرعا تقوية الخبر بذكر اسم الله) الاولى منه قول صاحب الكنز تقوية احد طرفى الخبر بالمقسم به لشموله الحلف بصفات الذات ولكون التقوية لمتعلق الخبر لا ذات الخبر (قوله والتعليق) عطف على تقوية الخبر يوضحه ماقاله الكمال واما مفهومه الاصطلاحى فجملة اولى انشائية مقسم فيها باسم الله تعالى او صفة يؤكد بها مضمون ثانية فى نفس السامع ظاهرا او تحمل المتكلم على تحقيق معناها فدخلت بقيد ظاهرا الغموس اوالتزام مكروه كفر اوزوال ملك على تقدير ليمنع عنه (الغموس) او محبوب ليحمل عليه فدخلت التعليقات مثل ان فعل فهو يهودى وان دخلت فانت طالق بضم التاء اى من دخلت لمنع نفسه وبكسرها لمنعها اى المرأة وان بشرتنى فانت حر (قوله وانما سمى بها عند الفقهاء) يتفرع عليه انه لو حلف ان لايحلف فحلف بالطلاق ونحوه حنث (قوله والمراد بترتب الاحكام عليها الخ) انه يثبت ان الايمان اربعة لان الحلف على الماضى صادقا كاللغو فى عدم المؤاخذة فكان له حكم فلا وجه لاسقاطه (قوله الغموس) قال فى البحر عن المبسوط الغموس ليس يمينا حقيقة لانها كبيرة محضة واليمين عقد مشروع والكبيرة ضد المشروع ولكن سميت يمينا مجازا لان ارتكاب هذه الكبيرة بصورة اليمين كما سمى بيع الحر بيعا مجازا لوجود صورة البيع فيه اه (قوله احداها اليمين الغموس) على الوصف كما فى اصح نسخ الهداية وفى بعضها يمين الغموس فهى اضافة الموصوف الى صفته وهى ممنوعة والغموس فعول بمعنى فاعلة بصيغة المبالغة كما فى الفتح

﴿ كتاب الايمان ﴾

ذكرها عقيب العتاق لمناسبتها له فى عدم تأثير الهزل والاكراه فيهما (اليمين) لغة القوة وشرعا (تقوية الخبر بذكر اسم الله تعالى) نحو والله لافعلن كذا او والله لاافعل كذا (او التعليق) يعنى تعليق الجزاء بالشرط نحو ان فعلت فكذا او ان لم افعل فكذا والمقصود منه تقوية عزم الحالف على الفعل او الترك وهذا ليس بيمين وضعا وانما سمى بها عند الفقهاء لحصول معنى اليمين به وهو الحمل او المنع (والمعتبر من) القسم (الاول ثلاثة) اى الايمان التى اعتبرها الشرع ورتب عليها الاحكام ثلاثة انواع والا فطلق اليمين اكثر منها كاليمين على الفعل الماضى صادقا والمراد بترتب الاحكام عليها ترتب المؤاخذة الاخروية على الغموس وعدمها على اللغو والكفارة على المنعقدة احداها اليمين (الغموس) سميت به لانها تغمس صاحبها فى الاثم فى الدنيا وفى النار فى العقبى (وهى حلفه على كذب يعلم كذبه) حتى لو لم يعلمه وظن صدقه تكون لغوا كما سيأتى (كوالله مافعلت كذا عالما بفعله ووالله ماله على دين عالما بخلافه ووالله انه زيد عالما بانه غيره) المشهور فى عبارة القوم ان الغموس حلف على فعل او ترك ماض كاذبا عمدا وقد صرح شراح الهداية وغيرهم ان ذكر الفعل والمضى ليس بشرط بل هو بناء على الغالب وايراد المثالين الاخيرين اشارة الى هذا فلا حاجة الى تكلف ارتكبه صدر الشريعة حيث قال فان قلت اذا قيل والله ان هذا حجر كيف يصح ان يقال هذا الحلف على الفعل قلت يقدر كلمة كان او يكون ان اريد فى الزمان الماضى او المستقبل على ان اعتبار الماضى او الاستقبال فى هذا الحلف باطل لتعين ارادة الحال فتدبر وبين حكم

الغموس بقوله (ويأثم بها) اى الحالف لقوله صلى الله عليه وسلم من حلف بالله كاذبا ادخله النار (و) ثانيها اليمين (اللغو) سميت به لانها لا يعتبر بها فان اللغو اسم لما لا يفيد يقال لغا اذا اتى بشيء لا فائدة فيه (وهى حلفه كاذبا يظنه صادقا) كما اذا حلف ان فى هذا الكوز ماء بناء على انه رآه كذلك ثم اريق ولم يعرفه وبين حكمها بقوله (ويرجى عفوه) فان قيل مامعنى تعليق عدم المؤاخذة بالرجاء وقد قال الله تعالى لا يؤاخذكم الله باللغو فى ايمانكم قلنا نعم لا شك فى نفى المؤاخذة فى اللغو المذكور فى النص وانما الشك فى كون الصورة التى ذكرنا لغوا فان اللغو عند الشافعى ان يجرى على لسانه بلا قصد سواء كان فى الماضى او الآتى بان قصد التسبيح فجرى على لسانه اليمين مثلا (و) الثالث اليمين (المنعقدة وهى حلفه على شيء آت) فى المستقبل فعلا كان او تركا قال صدر الشريعة فان قلت الحلف كما يكون على الماضى والآتى يكون على الحال ايضا فلم لم يذكره وهو من اى اقسام الحلف قلت انما لم يذكره لمعنى دقيق وهو ان الكلام يحصل اولا فى النفس فيعبر عنه باللسان فان الاخبار المتعلق بزمان الحال اذا حصل فى النفس وعبر عنه باللسان فاذا تم التعبير باللسان انعقد اليمين فزمان الحال صار ماضيا بالنسبة الى زمان انعقاد اليمين فاذا قال كتبت لابد من الكتابة قبل ابتداء التكلم واذا قال سوف اكتب لابد من الكتابة بعد الفراغ من التكلم فى الزمان الذى من ابتداء التكلم الى آخره فهو زمان الحال بحسب العرف وهو ماض بالنسبة الى آن الفراغ وهو آن انعقاد اليمين فيكون الحلف عليه حلفا على الماضى اقول حاصل الجواب ان ما يظن من كون الحلف على الحال فهو فى الحقيقة حلف على الماضى ولا يوجد الحلف على الحال حقيقة ولذا لم يذكره وفيه بحث لان الحال المقابل للماضى والمستقبل على ماذكره رضى الدين وتبعه من بعده من المحققين اجزاء من اواخر الماضى واوائل المستقبل يعتبر امتدادها بحسب العرف حتى قالوا ان زيدا اذا صلى فهو فى حال الصلاة مادام مصليا واذا كتب فهو فى حال الكتابة مادام كاتبا فاذا قال زيد حين كتابته والله انى كاتب يكون يمينا على الحال بلا مرية ولا يمكن اعتباره ماضيا فالسؤال باق بل الصواب فى الجواب ان يقال لا وجه لهذا السؤال بعد ماقال اولا ان مطلق اليمين اكثر من الثلاث فتدبر وبين حكم المنعقدة بقوله (وكفر فيه) اى فى هذا القسم (فقط) اى دون الاولين لقوله تعالى ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان فكفارته الآية والمراد به اليمين على المستقبل بدليل قوله تعالى واحفظوا ايمانكم ولا يتصور الحفظ عن الحنث والهتك الا فى المستقبل (ان حنث) الحالف وقوله فقط اشارة الى خلاف الشافعى فى الغموس فان الكفارة تجب فيها ايضا عنده (واو) كان الحالف (مكرها اوناسيا) اى مخطئا كما اذا اراد ان يقول اسقنى الماء فقال والله لا اشرب الماء وقيل ذاهلا عن التلفظ به بأن قيل له الا تأتينا فقال بلى والله غير قاصد لليمين وانما وجب فيهما الكفارة لقوله صلى الله عليه وسلم ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق واليمين

(قوله فان اللغو اسم لما لا يفيد) اشارة الى انه لا لغو فى الحلف بغير الله لما قال فى الاختيار روى ابن رستم عن محمد رحمه الله لا يكون اللغو الا فى اليمين بالله وذلك لان من حلف بالله على امر يظنه كما قال وليس كذلك لغا المحلوف عليه ويبقى قوله والله فلا يلزمه شيء واليمين بغير الله تعالى يلغو المحلوف عليه ويبقى قوله امرأته طالق او عبده حر او عليه حج فيلزمه اه (قوله ويرجى عفوه) كذا علقه بالرجاء محمد بن الحسن حيث قال نرجو ان لا يؤاخذ الله بها صاحبها (قوله قلنا الخ) احد ماقيل فى الجواب عن التعليق بالرجاء مع القاطع بعدم المؤاخذة والاصح ان اللغو بالتفسيرين اللذين ذكرهما المصنف متفق على عدم المؤاخذة به فلم يتم العذر عن التعليق بالرجاء فالاوجه ماقيل انه لم يرد به التعليق بل التبرك باسم الله تعالى والتأدب فهو كقوله صلى الله عليه وسلم لاهل المقابر وانا ان شاء الله بكم لاحقون كذا فى الفتح والاختيار (قوله فان قلت الخ) كيف يتأتى هذا السؤال مع قول صاحب الاختيار اليمين اما ان يكون على الماضى او على الحال او على المستقبل فان كانت على الماضى او على الحال فاما ان يتعمد الكذب فيها وهى الاولى اى الغموس اولم يتعمد وهى الثانية اى اللغو وان كانت على المستقبل فهى الثالثة المنعقدة اه (قوله بل الصواب فى الجواب الخ) يفيد الجواب عن عدم ذكر الحلف على الحال ولا يفيد بيان انه من اى الاقسام ويعلم حكمه مما قدمناه عن الاختيار انه اما ان يكون متعمد الكذب فهى الغموس اولا فهى اللغو (قوله اى مخطئا) فسر به الناسى لان الحلف ناسيا لا يتصور الا ان يحلف ان لا يحلف ثم نسى فحلف وعلى تفسيره النسيان بهذا هنا وفى الحنث بحقيقته يلزم منه استعمال اللفظ فى حقيقته ومجازه (قوله وانما وجب فيهما الكفارة لقوله صلى الله عليه وسلم الخ) كذا استدل به فى الهداية وقال الكمال اعلم انه لو ثبت حديث اليمين لم يكن فيه دليل لان المذكور فيه جعل الهزل باليمين جدا والهازل قاصد لليمين

(فى اليمين او الحنث) اى تجب الكفارة فى المنعقدة سواء كان الاكراه او النسيان فى اليمين او الحنث لان الفعل الحقيقى لا يعدمه الاكراه والنسيان وكذا الاغماء والجنون فتجب الكفارة بالحنث كيفما كان (والقسم بالله او باسم من اسمائه كالرحمن والرحيم والحق) وجميع اسامى الله تعالى فى ذلك سواء تعارف الناس الحلف به اولا هو الظاهر من مذهب اصحابنا وهو الصحيح وقال بعضهم كل اسم لا يسمى به غير الله تعالى كالله والرحمن فهو يمين وما يسمى به غيره كالحكيم والعليم والقادر فان اراد به يمينا فهو يمين والا فلا كذا فى الكافى والحق من اسماء الله تعالى قال الله تعالى ذلك بان الله هو الحق (او بصفة يحلف بها عرفا من صفاته كعزة الله وجلاله وعظمته وقدرته) لان الايمان مبنية على العرف لما تعارف الناس الحلف به من صفاته تعالى يكون يمينا ومالا فلا لان اليمين انما تنعقد للحمل او المنع وذا انما يكون بما يعتقد الحالف تعظيمه وكل مؤمن يعتقد تعظيم الله وصفاته وهو بجميع صفاته معظم فصارت حرمة ذاته وصفاته حاملا للحالف او مانعا وهذا انما يكون اذا كان الحلف بها متعارفا واما اذا لم يكن فلا (لا) اى لا يقسم (بغير الله تعالى كالنبى والقرآن والكعبة) لقوله صلى الله عليه وسلم من كان منكم حالفا فليحلف بالله او ليذر هذا اذا قال والنبى والقرآن واما لو قال انا برئ من القرآن او النبى فانه يكون يمينا لان البرائة منهما كفر وتعليق الكفر بالشرط يمين ولو قال انا برئ من المصحف لا يكون يمينا ولو قال انا برئ مما فى المصحف يكون يمينا لان ما فى المصحف قرآن فكأنه قال انا برئ من القرآن كذا فى الكافى (و) لا (بصفة لا يحلف بها عرفا كرحمته وعلمه ورضاه وغضبه وسخطه وعذابه) لما سبق ان مبنى اليمين على العرف (واما قوله لعمر الله) جواب اما قوله الآتى فقسم وجه كون لعمر الله قسما ان عمر الله بقاؤه والبقاء صفة وهو مرفوع بالابتداء واللام لتوكيد الابتداء والخبر محذوف والتقدير لعمر الله قسمى ومعناه احلف ببقاء الله ودوامه كذا فى الصحاح وايم الله معناه عند الكوفيين ايمن الله وهو جمع يمين حذف نونه لكثرة الاستعمال وعند البصريين من ادوات القسم ومعناه والله (وعهد الله وميثاقه) فان العهد يمين لان الله تعالى قال واوفوا بعهد الله اذا عاهدتم ثم قال ولا تنقضوا الايمان بعد توكيدها والميثاق بمعنى العهد (واقسم واحلف واشهد واعزم وان لم يقل بالله) فان هذه الالفاظ مستعملة فى الحلف فجعل حلفا فى الحال سواء قال بالله اولا (وعلى نذر او يمين او عهد) فان كلا منها يكون قسما (وان لم يضف) الى الله حتى اذا قال ان فعلت كذا فعلى نذر فان نوى قربة من القرب التى يصح النذر بها لزمته وان لم ينو فعليه كفارة يمين لقوله صلى الله عليه وسلم من نذر نذرا ولم يسم فعليه كفارة يمين وكذا قوله على يمين لان معناه على موجب يمين والعهد بمعنى اليمين كما مر (وان فعل كذا فهو كافر) فانه قسم يستوجب الكفارة اذا حنث ان كان فى المستقبل واما ان

غير راض بحكمه فلا يعتبر عدم رضاه به شرعا بعد مباشرته السبب مختارا او الناسى بالتفسير المذكور لم يقصد شيئا اصلا ولم يدر ما صنع وكذا المخطئ لم يقصد التلفظ به بل بشئ آخر فلا يكون الوارد فى الهازل واردا فى الناسى اه (قوله فتجب الكفارة بالحنث كيف كان) اى الحنث (قوله وقال بعضهم كل اسم الخ) رجحه بعضهم بانه ان كان مستعملا لله تعالى ولغيره لا تتعين ارادة احدهما الا بالنية اه كذا فى الفتح ورجحه فى غاية البيان وقال صاحب البحر وهو خلاف المذهب لان هذه الاسماء وان كانت تطلق على الخلق لكن تعين الخالق مرادا بدلالة القسم اذ القسم بغير الله لا يجوز فكان الظاهر انه اراد به اسم الله تعالى حملا لكلامه على الصحة الا ان ينوى غير الله فلا يكون يمينا لانه نوى ما يحتمله كلامه فيصدق فيما بينه وبين ربه كذا فى البدائع اه (قوله او بصفة) المراد به اسم المعنى الذى لا يتضمن ذاتا ولا يحمل عليها بهو هو كالعزة والكبرياء والعظمة بخلاف نحو العظيم كذا فى الفتح (قوله فالتعارف الناس الحلف به من صفاته تعالى يكون يمينا) اى سواء كان من صفات الفعل او الذات وهو قول مشايخ ما وراء النهر وهو الاصح لان الايمان مبنية على العرف وكل مؤمن يعتقد تعظيم الله تعالى وتعظيم صفاته وقال مشايخ العراق صفات الذات مطلقا يمين كعزة الله لا صفات الفعل كالرضى والغضب لان صفات الذات كذكر الذات وصفات الفعل ليس كذكر الذات والحلف بالله تعالى مشروع دون غيره كما فى البرهان (قوله لعمر الله) فيه ضم العين وفتحها الا انه لا يستعمل المضموم فى القسم ولا يلحق المفتوحة الواو فى الخط بخلاف عمرو العلم فانها الحقت للفرق بينه وبين عمر كذا فى الفتح (قوله وهو مرفوع بالابتداء) اى لدخول اللام واذا لم تدخله اللام نصب نصب المصادر فتقول عمر الله ما فعلت ويكون على حذف حرف القسم كما فى (كان) الله لافعلن كذا فى الفتح والبرهان (قوله وعهد الله وميثاقه) اذا قصد به غير اليمين يدين كذا فى البحر (قوله واقسم واحلف واشهد واعزم وان لم يقل بالله) انما ينعقد اذا ذكر مقسم عليه لا كما ظن ان بمجرد قوله اقسم ونحوه ينعقد ويؤيده كلام محمد فى الاصل كذا قاله ابن الضياء

كان فى الماضى لشئ قد فعله فهو الغموس ولا يكفر فيما روى عن ابى يوسف اعتبارا للماضى بالمستقبل لانه قصد به اليمين ولم يقصد به تحقيقه بل ان يصدق فى مقالته وقال محمد بن مقاتل يكفر لانه علق الكفر بما هو موجود والتعليق بامر كائن تنجيز فكانه قال هو كافر (و) الاصح ان الحالف (لم يكفر) فى الماضى والمستقبل (ان علم انه يمين و كفر ان) كان جاهلا (اعتقد انه كفر) فى الماضى والمستقبل لانه اذا اقدم على ذلك الفعل وعنده انه يكفر به فقد رضى بالكفر (وسوكند ميخورم بخداى فقسم) لانه للحال (لا حقا) لان المنكر يراد به تحقيق الوعد ومعناه افعل هذا الامحالة فلا يكون يمينا او قال والحق يكون يمينا (و) لا (حق الله) فانه لا يكون يمينا عند ابى حنيفة و محمد وهو رواية عن ابى يوسف لان الحق اذا اضيف الى الله تعالى يراد به طاعة الله اذ الطاعات حقوقه كما ورد فى الحديث فيكون يمينا بغير الله (و) لا (حرمته) اذ لا يحلف بها عرفا (وسوكند خورم بخداى) قيل لا يكون يمينا لانه وعد (او) يقول سوكند خورم (بطلاق زن) فانه ايضا لا يكون يمينا لعدم التعارف وقوله او اشارة الى ان لفظة با الفارسية الواقعة فى عبارة الوقاية مكان او غير صحيحة فتدبر (وان فعله فعليه غضبه او سخطه او لعنته او فانا زان او سارق او شارب خمر او آكل ربا) فان كلا منها لا يكون يمينا لانه دعاء على نفسه ولا يتعلق ذلك بالشرط ولانه غير متعارف (وحروفه) اى حروف القسم (الواو) نحو والله (والباء) نحو بالله (والتاء) نحو تالله لان كلا منها معهود فى الايمان ومذكور فى القرآن (و) قد (تضمر) الحروف فيكون حالفا (كالله لا افعله) فان من عادة العرب حذف حرف الجر للايجاز ثم قيل ينصب بنزع الخافض وقيل يخفض ليدل على المحذوف ثم لما فرغ من بيان موجب اليمين شرع فى بيان موجبها وهو الكفارة لكنها موجبها عند الانقلاب لان اليمين لم تشرع للكفارة بل تنقلب اليها عند الانتقاض بالحنث فقال (وكفارته اعتاق رقبة او اطعام عشرة مساكين كما هما فى الظهار) وقد بينا هما ثمة (او كسوتهم) بحيث يكون (لكل) من تلك العشرة (ثوب يستر عامة بدنه فلم يجز السراويل) لان لابسه يسمى عريانا فى العرف (هو الصحيح) المروى عن ابى حنيفة وابى يوسف لا ما روى عن محمد ان ادناها ما يجوز فيه الصلاة (فان عجز عنها) اى عن الاشياء الثلاثة (وقت الاداء) اى وقت ارادة الاداء (صام ثلاثة ايام ولاء) والاصل فيه قوله تعالى فكفارته اطعام عشرة مساكين

(قوله لانه للحال) قال الكمال لان معناه احلف الآن بالله اه (قوله لا حقا) يشير الى رد ما نقل عن الشيخ اسماعيل الزاهد والحسن ابن ابى مطيع انه يمين كما فى الفتح وفى مختصر الظهيرية الصحيح انه يمين ان اراد به اسم الله تعالى (قوله او قال والحق يكون يمينا) قدمه متنا (قوله فيكون يمينا بغير الله) اى فلا ينعقد (قوله وحروفه الواو) قال الكمال ثم قالوا الباء هى الاصل لانها صلة الحلف ثم الواو بدل منها للمناسبة معنوية وهى ما فى الالصاق من الجمع الذى هو معنى الواو ولكونها بدلا انحطت عنها بدرجة فدخلت على المظهر لا المضمر والتاء بدل واو لانهما من حروف الزيادة (قوله ثم قيل ﴿ ٤١ ﴾ ينصب بنزع الخافض) اى ينصب الاسم وهو اكثر استعمالا وقيل يخفض وهو قليل شاذ فى غير القسم وحكى الرفع ايضا نحو الله لا فعلن على اضمار مبتدأ او خبر وهو الاولى لان الاسم الكريم اعرف المعارف فهو اولى بكونه مبتدأ والتقدير الله قسمى او قسمى الله لا فعلن كذا فى البرهان والفتح (قوله لكل ثوب يستر عامة بدنه) هو اللازم والافضل كسوة ثوبين او ثلاثة كما فى الفتح وقال الطحاوى وهذا اذا دفع الى الرجل اما اذا دفع الى المرأة فلابد من خمار مع الثوب لان صلاتها لا تصح دونه قال الكمال وهذا يشابه الرواية التى عن محمد فى دفع السراويل انه للمرأة لا يكفى وهذا كله خلاف ظاهر الجواب وانما ظاهر الجواب ما يثبت به اسم المكتسى وينتفى عنه اسم العريان وعليه بنى عدم اجزاء السراويل لا صحة الصلاة وعدمها فانه لا دخل له فى الامر بالكسوة اذ ليس معناه الا جعل الفقير مكتسيا على ما ذكرنا والمرأة اذا كانت لابسة قميصا بلا وازارا وخمارا على رأسها واذنيها دون عنقها لا شك فى ثبوت اسم انها مكتسية لا عريانة ومع هذا لا تصح صلاتها فالعبرة لثبوت ذلك الاسم صحت الصلاة او لا اه ولم ار حكم ما يغطى رأس الرجل نصا (قوله فلم يجز السراويل) قال فى البحر لكن ما لا يجزيه من الكسوة يجزيه من الطعام باعتبار القيمة (قوله فان عجز عنها) شرطه (درر ٦ نى) لانه لو كان عنده احد الثلاثة لا يجوز له الصوم وان كان محتاجا اليه كذا فى البحر وقال قاضيخان لا يجوز التكفير بالصوم الا من عجز عما سوى الصوم فلا يجوز لمن يملك ما هو منصوص عليه فى الكفارة او يملك بدله فوق الكفاف والكفاف منزل يسكنه وثوب يلبسه ويستر عورته وقوت يومه واو كان له عبد محتاج لخدمته لا يجوز له التكفير بالصوم لانه قادر على الاعتاق اه (قوله وقت الاداء) قيد به لان اعتبار الفقر والغنى عندنا عند ارادة التكفير بخلاف الحد فان المعتبر فيه وقت الوجوب حتى تنصف بالرق كما فى الفتح

الآية (ولم يكفر قبل حنث) يعنى لا يجوز تقديم الكفارة على الحنث وقال الشافعى يجوز اذا كانت بالمال لانه اداها بعد السبب وهو اليمين لانها تضاف الى اليمين يقال كفارة اليمين والاضافة دليل السببية والاداء بعد السبب جائز اتفاقا فأشبه التكفير بعد الجرح قبل الموت ولنا ان الكفارة تستر الجناية ولا جناية ههنا لانها تحصل بهتك حرمة اسم الله تعالى بالحنث فيكون هو السبب دون اليمين لان اقل مرتبة السبب ان يكون مفضيا الى الحكم واليمين غير مفضية الى الكفارة لانها تجب بعد نقضها بالحنث وانما اضيف اليها لانها تجب بحنث بعد اليمين كما تضاف الكفارة الى الصوم بخلاف الجرح لانه مفض الى الموت (حلف على معصية كعدم الكلام مع ابيه) وترك الصلاة ونحوه (حنث وكفر) اى ينبغى ان يحنث ويكفر لقوله عليه الصلاة والسلام من حلف على يمين ورأى غيرها خيرا منها فليأت بالذى هو خير ثم ليكفر ليمينه (لا كفارة فى حلف كافر وان حنث مسلما) لانه ليس اهلا لليمين لانها تنعقد لتعظيم الله تعالى والكفر ينافى التعظيم ولا اهلا للكفارة لانها عبادة وان تبعها معنى العقوبة (من حرم ملكه لا يحرم) اى من حرم على نفسه شيأ مما يملكه لم يصر حراما عليه (وان استباحه) اى عامله معاملة المباح (كفر) وقال الشافعى لا كفارة عليه لانه ليس بيمين الا فى النساء والجوارى لان تحريم الحلال قلب المشروع واليمين عقد مشروع فلا ينعقد بلفظ هو قلب المشروع كعكسه وهو تحليل الحرام ولنا قوله تعالى يا ايها النبى لم تحرم ما احل الله لك الى قوله تعالى قد فرض الله لكم تحلة ايمانكم ثم قيل حرم النبى صلى الله عليه وسلم العسل على نفسه وقيل حرم مارية على نفسه والتمسك على الاول ظاهر وكذا الثانى لان العبرة لعموم اللفظ لا لخصوص السبب (كل حل) اى اذا قال الرجل كل حل (على حرام) يحمل (على الطعام والشراب) الا ان ينوى غير ذلك والقياس ان يحنث عقيب فراغه لمباشرته فعلا مباحا وهو التنفس اونحوه كما ذهب اليه زفر وجه الاستحسان ان المقصود وهو البر لا يحصل مع اعتبار العموم واذا سقط اعتباره يصرف الى الطعام والشراب للعرف (والفتوى على بينونة امرأته بلا نية) لغلبة الاستعمال فيه

(قوله ولنا ان الكفارة تستر الجناية ولا جناية ههنا) اى فيما قبل الحنث (قوله لانها) اى الجناية تحصل بهتك حرمة اسم الله تعالى بالحنث كون الحنث جناية مطلقا ليس واقعا اذ قد يكون فرضا وانما اخرج المصنف الكلام مخرج الظاهر المتبادر من احلاف المحلوف عليه والحاصل ان الكفارة تجب بسبب الحنث سواء كان به معصية اولا والمراد توفير ما يجب لاسم الله عليه فهذا يفيد ان السبب الحنث كذا فى الفتح (قوله وانما اضيف اليها الخ) اضافة الكفارة الى اليمين اضافة الى الشرط مجازا كما فى الفتح (قوله اى ينبغى ان يحنث) اى يجب عليه ان يحنث ويكفر واعلم ان المحلوف عليه انواع منه ما يجب فيه الحنث وهو ما ذكره المصنف ومنه ما يكون الحنث افضل كالحلف على ترك وطء زوجته نحو شهر والحلف ليضربن عبده وهو يستأهل ذلك اوليشكون مديونه ان لم يوافه غدا لان الرفق ايمن والعفو افضل وكذا تيسير المطالبة ومنه ما يكون البر اولى كالحلف على ترك اكل هذا ﴿٤٢﴾ الخبز ولبس هذا الثوب ولو قال قائل انه واجب لقوله تعالى واحفظوا ايمانكم على ما هو المختار فى تأويلها ان البر فيها امكن اه كذا فى الفتح وبقى قسم رابع وهو ما يكون البر فيه فرضا كحلفه ليصلين ظهر اليوم ذكره فى البحر (قوله ولا كفارة على كافر) كذا لو ارتد بعد حلفه ثم حنث بعد اسلامه لا يلزمه شئ واما تحليف القاضى ونحوه فالمراد به صورة اليمين فان المقصود منها رجاء النكول فان الكافر يعتقد فى نفسه تعظيم الله تعالى وان كان لا يقبل منه ولا يثاب عليه كذا فى الفتح (قوله من حرم ملكه) ليس قيدا بل المراد به شئ ما من الاشياء سواء كان ملكه اوغيره ليشمل الاعيان والافعال وما كان حلالا وما كان حراما كقوله كلامك على حرام وقولها لزوجها انت على حرام اوحرمتك فجامعها طائعة اومكرهة حنث ودخول منزلك على حرام او الخمر على حرام اذا لم يرد به الخبر بل اراد اليمين كما فى الفتح (قوله اى من حرم على نفسه) قيد به لانه لو جعل حرمته معلقة على فعله فلا تلزمه الكفارة كما لو قال ان اكلت هذا الطعام فهو على حرام فأكله لا يحنث كما فى البحر عن الخلاصة (قوله والفتوى على انه تبين امرأته الخ) قال البزدوى فى مبسوطه هكذا قال بعض مشايخ (كذا) سمرقند ولم يتضح لى عرف الناس فى هذا لان من لا امرأة له يحلف به كما يحلف ذو الحليلة ولو كان العرف مستفيضا فى ذلك لما استعمله الا ذو الحليلة فالصحيح ان يقيد الجواب فى هذا ونقول ان نوى الطلاق يكون طلاقا فاما من غير دلالة فالاحتياط ان يقف الانسان فيه ولا يخالف المتقدمين اه نقله الكمال عنه ثم قال واعلم ان مثل هذا اللفظ لم يتعارف فى ديارنا بل المتعارف فيه حرام على كلامك ونحوه كما كله كذا ولبسه دون الصيغة العامة وتعارفوا ايضا الحرام يلزمنى ولا شك فى انهم يريدون الطلاق معلقا فانهم يذكرون بعده لا افعل كذا اولافعلن وهو مثل تعارفهم الطلاق يلزمنى لا افعل كذا فانه يراد به ان فعلت كذا فهى طالق ويجب امضاؤه عليهم اه

فيه اذا لم يكن به امرأة وقد حلف بالصيغة العامة يلزمه كفارة يمين اذا اكل او شرب كذا فى البحر عن النهاية (**قوله** كذا قوله حلال
روى حرام) من الهداية ومعناه الحلال عليه حرام (**قوله** المنذور اذا كان له أصل فى الفروض) أى أصل مقصود ليخرج الوضوء لعدم
لزومه بالنذر (**قوله** لزم الناذر) أى لزمه الوفاء به من حيث هو قربة لا بكل وصف التزمه به او يمين كما سيذكر انه لو نذر

(كذا) قوله (حلال برى، حرام) للغلبة ايضا (المنذور اذا كان له أصل فى الفروض لزم الناذر كالصوم والصلاة والصدقة والاعتكاف وما لا أصل له) فى الفروض (فلا يلزم الناذر (كعيادة المريض وتشييع الجنازة ودخول المسجد وبناء القنطرة والرباط والسقاية ونحوها) هذا هو الاصل الكلى (نذر مطلقا) نحو لله على صوم هذا الشهر (أو معلقا بشرط يريده) نحو لله على كذا ان قدم غائبى (فوجد) أى الشرط (وفى) أى عليه الوفاء به فى الصورتين لقوله صلى الله عليه وسلم من نذر وسمى فعليه الوفاء بما سمى (أو) نذر معلقا (بما) اى بشرط (لا يريده كان زنيت) فعلى كذا (وفى او كفر وبه يفتى) يعنى ان علق نذره بشرط لا يريده ثبوته كالزنا ونحوه فحنث يتخير بين الكفارة وبين الوفاء بما التزم وهو قول الشافعى فى الجديد وروى ان ابا حنيفة رجع اليه قبل موته بسبعة ايام وبه كان يفتى الامام شمس الائمة السرخسى وغيره من كبار الفقهاء وذلك لان كلامه نذر بظاهره يمين بمعناه لانه قصد به المنع عن ايجاد الشرط فيميل الى اى الجهتين شاء بخلاف ما اذا علق بشرط يريد ثبوته لان معنى اليمين وهو قصد المنع غير موجود فيه لان قصده اظهار الرغبة فيما جعله شرطا قال صدر الشريعة اقول ان كان الشرط حراما كان زنيت مثلا ينبغى ان لا يتخير لان التخيير تخفيف والحرام لا يوجب التخفيف اقول ليس الموجب للتخفيف هو الحرام بل وجود دليل التخفيف لان اللفظ لما كان نذرا من وجه ويمينا من وجه لزم ان يعمل بمقتضى الوجهين ولم يجز اهدار احدهما فلزم التخيير الموجب للتخفيف بالضرورة فتدبر واستقم (نذر بعتق رقبة يملكها وفى بها والا اثم ولا يجبره القاضى) يعنى لو قال لله على ان اعتق هذه الرقبة وهو يملكها فعليه ان يفى به ولو لم يف يأثم ولكن لا يجبره القاضى (نذر لفقراء مكة جاز الصرف الى فقراء غيرها) لان المقصود التقرب الى الله تعالى بدفع حاجة الفقير ولا مدخل فيه لخصوص المكان قال الفقيه ابو الليث وهو قول علمائنا الثلاثة وقال زفر لا يجوز الا بالتصدق على فقراء مكة (نذر بتصدق عشرة دراهم خبز افتصدق بغير الخبز) مما يساوى عشرة دراهم (او) تصدق (ثمنه جاز) اما الاول فلان خصوص الخبز لا مدخل له فى دفع الحاجة واما الثانى فلان الثمن انفع للفقير (قال ان برئت من مرضى هذا ذبحت شاة لم يلزمه الا ان يقول فلله على ان اذبحها) لان اللزوم لا يكون الا بالنذر والدال عليه الثانى لا الاول (نذر صوم شهر بعينه لزمه متتابعا لكن اذا افطر يوما قضاه ولا يلزمه الاستقبال) يعنى لو قال لله على ان اصوم شعبان مثلا فأفطر فيه يوما قضاه وحده ولا يستقبل وان قال فى نذره متتابعا لان شرط التتابع فى شهر بعينه لغو لانه متتابع لتتابع الايام وايضا لا يمكن الاستقبال لانه معين (نذر بتصدق الف درهم من ماله وهو لا يملك

التصدق بهذه الدراهم اجزاه التصدق بغيرها عنها كما فى الفتح (**قوله** اى عليه الوفاء به) اى بما نذر ولا يجزيه كفارة يمين وصرح صاحب الهداية فى الصوم بأن المنذور واجب اه ومن المتأخرين من قال بفرضية الايفاء بالمنذور للاجماع وهو الاظهر كما فى البرهان (**قوله** وفى او كفر وبه يفتى) اى يفتى بالتخيير بين ايفائه بما التزم وبين كفارة يمين وهذا التفصيل فى المعلق بشرط يريده وبشرط لا يريده انه فى الاول يلزمه عين ما نذره وفى الثانى يتخير بين ايفائه بعين ما نذر وبين كفارة يمين مختار صاحب الهداية وهو وان كان قول المحققين فهو خلاف ظاهر الرواية ونظر فيه صاحب العناية وبين وجه النظر وقال عليه الوفاء بنفس النذر ولا تنفعه كفارة يمين لاطلاق الحديث ورديت نظره برسالة بينت صحة حصر الصحة فيما قاله صاحب الهداية فيتخير الناذر بين الوفاء بعين المنذور وبين كفارة يمين فيما اذا علق النذر بما لا يراد كونه وعليه الفتوى واسم الرسالة تحفة التحرير واسعاف الناذر الغنى والفقير بالتخيير (**قوله** نذر بعتق رقبة الخ) كذا فى الفتح (**قوله** نذر لفقراء مكة) مستدرك بما قدمه فى كتاب الصوم (**قوله** قال ان برئت من مرضى هذا ذبحت شاة لم يلزمه) كذا لو قال على شاة اذبحها كما فى الفتح (**قوله** الا ان يقول فلله على ان اذبحها) كذا يلزمه لو قال أذبحها وأتصدق بلحمها ولو قال لله على أن أذبح جزورا فاتصدق بلحمه فذبح مكانه سبع شياه جاز كما فى الفتح **قوله** لكن اذا افطر يوما قضاه ولا يلزمه الاستقبال وان قال متتابعا) هذا بخلاف ما اذا نذر شهرا بغير عينه وشرط التتابع فانه يلزمه الاستقبال بفطره يوما كما فى الفتح **قوله** نذر بتصدق الف درهم من ماله الخ) قال قاضيخان وان كان عنده عروض او خادم يساوى مائة فانه يبيع ويتصدق وان كان يساوى عشرة يتصدق بعشرة وان لم يكن له شىء فلا شىء عليه كمن اوجب على نفسه الف حجة

لزمه بقدر ما عاش في كل سنة بجزاء (قوله وصل بحلفه ان شاء الله بطل) كذا نذره وطلاقه وعتاقه واقراره عبادة او معاملة وسائر العقود وسواء وصل حقيقة او حكما كانقطاع لتنفس اوسعال ﴿ ٤٤ ﴾ وسواء قصد الاستثناء اولم يقصد علم حكمه اولم يعلم

الامانة لزمته فقط) وهو الصحيح اذ فيما لا يملك لم يوجد النذر في الملك ولا مضافا الى سبب الملك فلا يصح كما لو قال مالي في المساكين صدقة وليس له مال لا يصح (نذر ان يتصدق بهذه المائة يوم كذا على فلان فتصدق بمائة اخرى قبل ذلك اليوم على فقير آخر جاز) لما عرفت ان هذه الخصوصيات لا تعتبر بعد حصول دفع حاجة الفقير (قال على نذر فسكت ولانية له تلزمه كفارة يمين) كذا في النوازل (وصل بحلفه ان شاء الله بطل) اي حلفه يعني اذا حلف على فعل وترك وقال بعده متصلا به ان شاء الله تعالى لا يحنث لما روى من العبادلة الثلاثة موقوفا ومرفوعا من حلف على يمين وقال ان شاء الله فقد استثنى ومن استثنى فلا حنث عليه ولا كفارة لكن لا بد من الاتصال لانه بعد الانفصال رجوع ولا يصح الرجوع في الايمان وعن ابن عباس رضي الله عنهما انه كان يجوز الاستثناء المنفصل الى ستة أشهر لقوله تعالى واذكر ربك اذا نسيت أي اذا نسيت الاستثناء المنفصل فاستثن مفصولا قال مشايخنا في تصحيح الاستثناء المنفصل اخراج العقود كلها من البيوع والانكحة وغيرهما عن ان تكون ملزمة ولا يحتاج الى المحلل لان المطلق يستثنى اذا ندم وأما قوله تعالى واذكر ربك اذا نسيت فمعناه اذا لم تذكر ان شاء الله تعالى في أول كلامك فاذكره في آخره موصولا به روى ان محمد بن اسحق صاحب المغازي كان عند المنصور وكان يقرأ عنده المغازي وابو حنيفة رحمه الله تعالى كان حاضرا فأراد ان يغري الخليفة عليه فقال ان هذا الشيخ يخالف جدك في الاستثناء المنفصل فقال له ابلغ من قدرك ان تخالف جدي فقال ان هذا يريد ان يفسد عليك ملكك لانه اذا جاز الاستثناء المنفصل فالناس يبايعونك ويحلفون ثم يخرجون ويستثنون ثم يخالفون ولا يحنثون فقال نعم ماقلت وغضب على محمد بن اسحاق واخرجه من عنده

باب حلف الفعل

الاصل ان الالفاظ المستعملة في الايمان مبنية على العرف عندنا وعند الشافعي على الحقيقة لانها حقيق بأن تراد دون المجاز وعند مالك على معاني كلام الله تعالى (حلف لا يدخل بيتا يحنث بدخول صفة) لان البيت اسم لمبنى مسقف مدخله من جانب واحد بني للبيتوتة سواء كان حيطانه اربعة اوثلاثة وهذا المعنى موجود في الصفة الا ان مدخلها اوسع فيتناولها اسم البيت فيحنث بسكناها الا ان ينوي ماسواها (هو الصحيح) احتراز عما قيل انما يحنث اذا كانت الصفة ذات حوائط اربعة و هكذا كانت صفاف اهل الكوفة (لا) بدخول (الكعبة او مسجد او بيعة او كنيسة) وقد مر بيان معناها لان البيت كما عرفت ما بني للبيتوتة وهذه ليست كذلك (او دهليز) لانه ايضا لم يبن للبيتوتة فيه وقيل يحنث اذ يبات فيه عادة اقول هذا القدر لا يكفي في كونه بيتا بل لا بد من كون بنائه للبيتوتة كما سبق لا يقال اذا بيت فيه عادة كان بناؤه للبيتوتة عادة لان الملازمة ممنوعة (او ظلة باب دار)

باب حلف الفعل

(قوله مبنية على العرف عندنا) اى اذا لم تكن نية فان كانت والالفاظ يحتمله انعقد اليمين باعتباره كذا في الفتح وقال في البحر عن الحاوي الحصيري المعتبر في الايمان الالفاظ دون الاغراض اه ولعله قضاء وما قال الكمال ديانة فلا مخالفة (قوله وعند الشافعي على الحقيقة) يعني اللغوية وعند الامام احمد على النية مطلقا (قوله يحنث بدخول صفة) لم يقيد بكونها مسقفة وقال الكمال يحنث بالصفة بعد ان تكون مسقفا كما في صفاف ديارنا ثم قال بعد هذا السقف وصف فيه اى البيت وهذا يفيدك ان ذكر السقف في الدهليز لا حاجة اليه اه فكذا الصفة (قوله لان البيت اسم لمبنى مسقف) السقف ليس شرطا فيحنث وان لم يكن مسقفا لما سيذكره المصنف (قوله وقيل يحنث اذ يبات فيه عادة) كذا في الهداية لانه لو اغلق الباب كذا داخلا وقال الكمال اذا اطلق البيت في العرف فانما يراد به ما يبات فيه عادة فدخل الدهليز اذا كان كبيرا بحيث يبات فيه لان مثله يعتاد بيتوتته للضيوف في بعض القرى وفي المدن يبيت فيه بعض الاتباع في بعض الاوقات فيحنث اه (قوله بل لا بد من كون بنائه للبيتوتة) بخلاف ما مشى عليه سابقا من الحنث بدخول الصفة لما فيها من معنى البيت وكذا مشى الكمال عليه كما قدمنا مخالفا لصاحب الهداية لان صاحب الهداية صحح الحنث بدخول الصفة دون الدهليز مع ان المعنى فيهما واحد فكان وجه الكمال في التسوية بينهما (قوله (وهي) أو ظلة باب دار وهي التي الخ) فسر الظلة بهذا لتكون ساباطا لان الظلة اذا كان معناه وداخل البيت مسقفا فانه يحنث بدخوله لانه يبات فيه كذا في البحر وقال الكمال الحاصل ان كل موضع اذا أغلق الباب صار داخلا لا يمكنه الخروج من الدار وله سعة يصلح للبيتوتة من

وهي التي تكون على باب الدار ولا يكون فوقها بناء واذا كان على باب الدار تكون على السكة فلا تكون بينا فلا يحنث (وفى) الحلف بانه (لا يدخل دارا لم يحنث بدخولها خربة وفى هذه الدار يحنث وان صارت صحراء او بنيت بعد انهدامها) دارا (اخرى) لان الدار اسم للعرصة عند العرب والعجم يقال دار عامرة ودار غامرة وقد شهدت اشعار العرب بذلك والبناء وصف فيها غير ان الوصف فى الحاضر لغو وفى الغائب معتبر هذه عبارة الهداية وتحقيقها ان مراده بالوصف ماليس صفة عرضية قائمة بجوهر كالشباب والشيخوخة ونحوهما بل ما يتناولها ويتناول جوهرا قائما بجوهر آخر تزيد قيامه به حسنا له وكمالا ويورث انتقاصه عنه قبحا له ونقصانا حتى فرقوا بين الوصف والقدر كما يأتى فى اوائل البيوع ان شاء الله تعالى بان الاول ما يورث تنقيصه ضررا لاصله والثانى ما لا يورث ذلك وجعلوا ما يساوى الذرع فى المذروعات وصفا وما يساوى الكيل فى المكيلات قدرا فاذا كانت الدار اسما للعرصة وكان البناء وصفا وكانت الدار منكرة كانت غائبة فيعتبر فيها البناء واذا لم يوجد لم يحنث واذا كانت معرفة كانت حاضرة فلا يعتبر فيها البناء واذا لم يوجد يحنث اذا عرفت هذا فاعلم ان ما صدر من صدر الشريعة ههنا ايضا من الغرائب لانه خالف جمهور الائمة برأى غير صائب حيث قال واعلم انهم قالوا فى لا يدخل هذه الدار فدخلها منهدمة انه يحنث لان اسم الدار يطلق على الخربة فبهذه العلة توجب الحنث فى لا يدخل دارا فدخل دارا خربة ثم فرقهم بان الوصف فى الحاضر لغو فرق واه لان معناه انه اذا وصف المشار اليه بصفة مثل لا يكلم هذا الشاب فكلمه شيخا يحنث لان الوصف بالشاب صار لغوا وفى قولنا لا يدخل هذه الدار او لا يدخل دارا اين الوصف حتى يكون لغوا فى احدهما غير لغو فى الآخر ثم هذا المعنى يوجب الحنث فى لا يدخل هذا البيت وعدمه فى لا يدخل بيتا ان دخله منهدما صحراء لان البيتوتة وصف فيلغو فى المشار اليه فزوال اسم البيت ينبغى ان لا يعتبر فى المشار اليه ثم قالوا فى لا يدخل هذه الدار فدخلها بعد ما بنيت حماما انه لا يحنث لانه لم يبق دارا فان ما قاله فاسد أما أولا فلان قوله فبهذه العلة توجب الى آخره ناشئ من الغفلة عن قول الهداية غير ان الوصف فى الحاضر لغو وفى الغائب معتبر وأما ثانيا فلان قوله لان معناه انه اذا وصف المشار اليه الى آخره ناشئ من الغفلة عن معنى الوصف وقد مر ان البناء وصف فى الدار كما صرح به فى الهداية واما ثالثا فلان قوله ثم هذا المعنى يوجب الى آخره غلط محض ناشئ من عدم التفرقة بين البيت والدار وايضا البيتوتة ليست بوصف للبيت لانه كما عرفت عبارة عن امر زائد على الذات قائم بها والبيتوتة ليست كذلك بل هى علة غائية لبنائه بخلاف الدار فان البناء زائد على الدار التى هى العرصة واما رابعا فلان حاصل قوله ثم قالوا فى لا يدخل هذه الدار الى آخره ان الدار اذا كانت عبارة عن العرصة كان ينبغى ان يحنث فيما اذا بنيت حماما لوجود العرصة وهو فاسد لان الدار تطلق على العرصة المجردة وعلى عرصة مع ما بنى عليها من بناء الدار واما اذا بنى عليها بناء غير الدار او تصرف فيها تصرفا زون به اسم الدار عنه عرفا فلا يكون دارا كان هذا الفاضل لم ينظر فى الفاظ

سقف يحنث بدخوله اه وقد علت من كلامه ان السقف وصف فالتقييد به اتفاق (قوله وفى لا يدخل دارا لم يحنث بدخولها خربة) يعنى بحيث لم يبق بها بناء اصلا بأن صارت صحراء فأما اذا دخلها بعد ما زال بعض حيطانها فهذه دار خربة فينبغى ان يحنث فى المنكر الا ان يكون له نية كذا فى الفتح (قوله وقيل فى عرفنا لا يحنث) كذا فى الهداية ا[ه] وهو قول المتأخرين وقال الكمال لو ج[مع] بين قول المتقدمين والمتأخرين بان يحمل جواب المتقدمين بالحنث على ما اذا كا[ن] للسطح حضير وجواب المتأخرين المعب[ر] عنه بقوله وقيل فى عرفنا يعنى العج[م] لا يحنث بالوقوف على السطح على ما اذا [لم] يكن له حضير اتجه وهذا اعتقادى ا[ه] (قوله وفى هذه الدار) قيد بالاشار[ة] مع التسمية لانه لو اشار ولم يسم كما [لو] حلف لا يدخل هذه فانه يحنث بدخو[لها] على اى صفة كانت دارا او مسج[دا] او حماما او بستانا لان اليمين عقدت [على] العين دون الاسم والعين باقية كما فى ال[بحر] عن الذخيرة (قوله كما لو جعلت مسج[دا] الخ) يشير الى انه لو حلف لا يدخ[ل] هذا المسجد فهدم ثم بنى مسجدا فدخ[له] يحنث لعدم اعتراض اسم آخر عليه

(قوله او دخلها بعد هدم الحمام) كذا لو بنيت دارا بعد هدم نحو الحمام فدخلها فانه لا يحنث ايضا لانه غير تلك الدار التى منع نفسه من الدخول فيها كذا فى البحر (قوله لا يدخل هذه الدار الخ) لو كان الحلف على الخروج انعكس الحكم واذا زاق وهو يشتد فى المشى فعثر او زاق فوقع فى الدار او دفعته الريح واوقعته فى الدار وهو لا يستطيع الامتناع لا يحنث فى الصحيح كما فى البحر (قوله فاخذ فى النقلة من الدار) اى ولو كان شيأ فشيأ بحيث لا تفتر النقلات وليس عليه ان يستأجر من ينقل متاعه فى يوم ولا يلزمه النقل باسرع الوجوه بل بقدر ما يسمى ناقلا فى العرف كذا فى الفتح (قوله فان لبث على حاله ساعة حنث) اذا امكنه النقل فاما اذا لم يقدر فان كان بعذر ليل وخوف اللصوص او بمنع ذى سلطان او عدم موضع ينتقل اليه حينئذ او اغلق عليه الباب فلم يستطع فتحه او كان شريفا او ضعيفا لا يقدر على حمل المتاع بنفسه ولم يجد من ينقلها لا يحنث ويلحق ذلك الوقت بالعدم للعذر والفرق بين هذا وبين ان لم اخرج من هذا المنزل اليوم فكذا فقيد او منع او قال ان لم تحضرى الليلة فنعها ابوها حيث يحنث ان المحلوف عليه ان كان عدما لا يتوقف على الاختيار وان فعلا يتوقف عليه كالسكنى لان المعقود عليه الاختيارى وينعدم بعدمه فيصير مسكنا لا ساكنا فلم يتحقق شرط الحنث كذا فى الفتح (قوله فقعد) بمعنى مكث ونظيره لا يخرج ولا يتزوج ولا يتطهر فاستدام النكاح والطهارة لا يحنث كما فى الفتح (قوله لا بد من خروجه باهله) قال الكمال فاذا خروج هو وترك متاعه واهله فيها ولم يرد الرجوع حنث وكذا الحلف لا يسكن فى هذه المحلة او السكة لو خرج بنفسه عازما على عدم العود ابدا حنث وان خرج على عزم ان يرسل من ينقلهم لانه يعد متأهل ساكنا بمحل سكنى اهله وماله عرفا وهذا اذا كان الحالف مستقلا بسكناه قائما على عياله فان كان سكناه تبعا كابن كبير ساكن مع ابيه او امرأة مع زوجها فخرج بنفسه وترك اهله وماله وهى زوجها وماله الا يحنث وقيده الفقيه ابو الليث ايضا (فى) بان يكون حلفه بالعربية فلو عقد بالفارسية لا يحنث اذا خرج بنفسه وترك اهله وماله وان كان مستقلا بسكناه اه (قوله هذا عند ابى حنيفة) ورجحه الفقيه ابو الليث واخذ به لكن استثنى منه المشايخ ما لا يتأتى به السكنى كقطعة حصير ووتد كذا فى البحر (قوله وقال ابو يوسف يعتبر نقل الاكثر) وقال صاحب المحيط والفوائد الظهيرية والكافى الفتوى على قول ابى يوسف كذا فى الفتح (قوله وقال محمد يعتبر الخ) هو اصح ما يفتى به من التصحيحين كما فى البرهان (قوله بخلاف المصر والقرية) جعل القرية بمنزلة المصر وهو الصحيح من الجواب

الهداية وعباراته فضلا عن التأمل والتفكر فى اعتباراته والحمد لله ملهم الصواب واليه المرجع والمآب (كذا الوقف على سطحها) فانه ايضا يوجب الحنث لان السطح من الدار الا يرى ان المعتكف لا يفسد اعتكافه بالخروج الى سطح المسجد (وقيل) فى عرفنا (لا) يحنث (كما لو جعلت الدار مسجدا او حماما او بستانا او بيتا) حيث لا يحنث لانها لم تبق دار الاعتراض اسم آخر عليه (او دخلها بعد هدم الحمام واشباهه) لان اسم الدار لا يعود به (وهكذا البيت) يعنى اذا حلف لا يدخل هذا البيت ودخله (منهدما صحراء) لم يحنث لزوال اسم البيت فانه لا يبات فيه حتى لو بقى الحيطان وسقط السقف يحنث اذ يبات فيه والسقف وصف فيه (او) دخله (بعد ما بنى بيتا آخر) لم يحنث ايضا لان الاسم لم يبق بعد الانهدام (او) حلف (لا يدخل هذه الدار فوقف فى طاق باب دار لو اغلق الباب كان خارجا) لم يحنث لان الباب لاحراز الدار وما فيها فلم يكن الخارج من الدار (او) حلف (لا يسكنها) اى هذه الدار (وهو ساكنها او) حلف (لا يلبسه) اى هذا الثوب (وهو لابسه او) حلف (لا يركبها) اى هذه الدابة (وهو راكبها فاخذ فى النقلة) من الدار فى الاول (ونزع) الثوب فى الثانى (ونزل) عن الدابة فى الثالث (بلا مكث) قيد للثلاثة فانه لا يحنث فى شئ من الصور وقال زفر يحنث لوجود الشرط وان قل ولنا ان اليمين تعقد للبر فيستثنى منه زمان تحقيقه فان لبث على حاله ساعة حنث لان هذه الافعال لها دوام بتجدد امثالها حتى يضرب لها مدة يقال ركبت يوما ولبست يوما بخلاف الدخول اذ لا يقال دخلت يوما بمعنى المدة والتوقيت وان جاز بمعنى الظرف ولو نوى ابتداء اللبس مثلا يصدق لانه محتمل كلامه فلا يحنث باللبث (او) حلف (لا يدخلها) وهو فيها (فقعد فيها) فانه لا يحنث بالقعود (الا بخروجه ثم دخوله) والقياس ان يحنث بالقعود لان الدوام له حكم الابتداء وجه الاستحسان ان الدخول لا دوام له لانه انفصال من الخارج الى الداخل (وفى لا يسكن هذه الدار او البيت او المحلة لا بد من خروجه باهله وجميع متاعه) حتى لو بقى وتد حنث هذا عند ابى حنيفة وقال ابو يوسف يعتبر نقل الاكثر لان نقل الكل قد يتعذر وقال محمد يعتبر نقل ما يقوم به كتخدائيته لان ما وراء ذلك ليس من السكنى قالوا هذا احسن واوفق بالناس (بخلاف المصر والقرية) فان البر لا يتوقف فيهما على نقل المتاع والاهل لانه لا يعد ساكنا فى الذى انقل عنه عرفا بخلاف الاول وحنث

فى لا يخرج ان حل واخرج بامره) لان فعل المأمور مضاف الى الآمر فصار كما لو ركب دابة فخرجت به (وبدونه) اى بدون الامر بان اكره عليه (لا) اى لا يحنث لان الفعل لم ينتقل اليه لعدم الامر (ولو) كان (راضيا) بالخروج لان الانتقال يكون بالامر لا بمجرد الخروج (ومثله لا يدخل اقساما وحكما) فالاقسام ان يخرج بامره وبلا امره اما مكرها او راضيا والحكم الحنث فى الاول وعدمه فى الاخيرين (ولا) يحنث (فى قوله والله لا يخرج من داره الا الى جنازة ان خرج اليها ثم اتى الى امر آخر) لان خروجه لم يكن الا الى جنازة قال فى الوقاية وان خرج اليها ثم الى امر آخر وكأنه سهو من الناسخ الاول لانه يقتضى خروجه الى غير جنازة فيبطل الحصر ويحنث ولذا قلت ثم اتى الى امر آخر كما قال فى الهداية فخرج اليها ثم اتى الى حاجة اخرى (وحنث فى لا يخرج الى مكة فخرج لها ورجع) لوجود الخروج على قصد مكة وهو الشرط (لا) اى لا يحنث (فى لا يأتيها حتى يدخلها) لان الاتيان انما يكون بالدخول (وذهابه كخروجه) يعنى لو حلف لا يذهب الى مكة قيل هو كالاتيان وقيل كالخروج وهو الاصح لانه عبارة عن الزوال (وحنث فى ليأتين مكة) اى لو حلف ليأتين مكة فلم يأتها حتى مات حنث (فى آخر جزء) من اجزاء (حياته) لان البر قبل ذلك مرجو واليأس حينئذ يحصل (و) حنث (فى ليأتينه غدا ان استطاع ان لم يأته غدا بلا مانع) يعتبر مانعا (كمرض او سلطان ودين بنيته الحقيقة) اى ان قال اردت الاستطاعة الحقيقية المقارنة للفعل كما تقرر فى الكتب الكلامية صدق ديانة لا قضاء لانها تطلق فى العرف على سلامة الاسباب والآلات والمعنى الآخر خلاف الظاهر (حلف لا يدخل دار فلان يراد به نسبة السكنى) بدلالة العادة وهى ان الدار لا تعادى ولا تهجر لذاتها بل لبغض ساكنيها الا ان السكنى قد تكون حقيقة وهو ظاهر وقد تكون دلالة بان تكون الدار ملكا له فيتمكن من السكنى فيها فيحنث بالدخول فى دار تكون ملكا لفلان ولا يكون هو

كما فى الهداية وهو احتراز عن قول من جعل القرينة كالدار فقال بالحنث ببقاء الاهل والمتاع كذا فى الفتح (قوله بان يكره عليه) اى على الحمل اشارة الى ان الاكراه على الخروج بنفسه لا يعتبر فيحنث بخروجه بنفسه اذا توعد عليه لما عرف ان الاكراه لا يعدم الفعل عندنا كما لو حلف لا يأكل هذا الطعام فاكره عليه حنث باكله ولو اوجر فى حلقه لا يحنث كما فى الفتح وكان ينبغى للمصنف الاقتصار فى الشرح على قوله اى وبدون الامر لا يحنث ويحذف قوله بان يكره عليه لانه لا يناسب قوله بعده ولو راضيا اذ لا يجامع الاكراه الرضى (قوله ولو راضيا) هو الصحيح وقيل يحنث ثم اذا لم يحنث هل تنحل اليمين باخراجه بغير امره قال السيد ابو شجاع تنحل وهو ارفق وقال غيره من المشايخ لا تنحل وهو الصحيح ذكره التمرتاشى وقاضيخان كذا فى الفتح (قوله فالاقسام ان يخرج بامره) صوابه ان يدخل لكونه موضوع المسئلة (قوله وعدمه فى الاخيرين) ﴿٤٧﴾ اى ومن حكمه عدم انحلال اليمين فى الصحيح كما تقدم فى الخروج (قوله فخرج لها ورجع) هذا اذا تجاوز عمران مقامه فان رجع قبل مجاوزة العمران لا يحنث كما فى التبيين ولو كان بينه وبين المحلوف عليه دون مدة السفر بخلاف الخروج الا الى جنازة فانه يحنث بانفصاله عن داره بخروجه لغير جنازة ولا يحنث بخروجه من منزل بها او صحن الدار ثم رجع كما فى البحر (قوله وفى لا يأتيها حتى يدخلها) ويحنث بالوصول قصد او لم يقصد بخلاف الخروج والذهاب فانه يشترط وجوده عن قصد كذا فى الفتح عن جامع قاضيخان والفوائد الظهيرية (قوله وذهابه كخروجه) قال صاحب البحر لم ار من صرح بلفظ الرواح من ائمتنا وهو كثير الوقوع فى كلام المصريين فى ايمانهم لكن قال الازهرى لغة العرب ان الرواح الذهاب سواء كان اول الليل او آخره او فى الليل قال النووى وهذا هو الصواب اهـ فعلى هذا اذا حلف لا يروح الى كذا فهو بمعنى لا يذهب وهو بمعنى الخروج يحنث بالخروج عن قصد وصل او لا اهـ والدليل خاص بالذهاب ليلا والمدعى اعم فينبغى ان يبنى على العرف (قوله قيل هو كالاتيان) قول نصير فلا يحنث حتى يدخلها وقيل كالخروج هو قول محمد بن سلمة واختاره فخر الاسلام وقال فى الهداية وهو الاصح وهذا اذا لم ينو بالذهاب شيأ ولو نوى به الخروج او الاتيان صحت نيته كما فى الفتح (قوله وحنث فى ليأتين مكة الخ) يشير الى انه لو قيد اعتبر به فلو قال ان لم افعل غدا كذا فعبدى حر فمات قبل الغروب ولم يفعل لا يعتق العبد لتعلقها بآخر الوقت كما فى الفتح (قوله ودين نية الحقيقة) لعله بنية الحقيقة وهذا يشير الى انه لا يصدق قضاء وهو احدى روايتين والثانية يصدق قضاء ايضا لانه نوى حقيقة كلامه اذ كان اسم الاستطاعة يطلق بالاشتراك على كل من المعنيين والاول اوجه لانه وان كان مشتركا بينهما لكن تعورف استعماله عند الاطلاق عن القرينة لاحد المعنيين بخصوصه وهو سلامة آلات الفعل وصحة اسبابه فصار ظاهرا فيه بخصوصه فلا يصدقه القاضى فى خلاف الظاهر كذا فى الفتح (قوله فيحنث بالدخول فى دار تكون ملكا لفلان ولا يكون هو ساكنا فيها سواء كان

غيره سا كنافيها اولا الخ) عبارة الخانية وان دخل دارا مملوكة لفلان وهو لا يسكنها حنث اهو مثله فى مختصر الظهيرية ثم قال فى الخانية حلف ان لا يدخل دار فلان فأجر فلان داره فدخلها الحالف قيل يحنث وقيل لا يحنث قالوا ما ذكر انه لا يحنث ذلك قول ابى حنيفة وابى يوسف لان عندهما كما تبطل الاضافة بالبيع تبطل بالاجارة والتسليم وملك اليد للغير ثم قال ولو دخل دارا مملوكة لفلان وساكنها غيره حنث ايضا ثم قال ولو دخل دارا اجرها فلان حنث ايضا قيل هذا قول محمد اما قول ابى حنيفة وابى يوسف لا يحنث وقد مرت المسئلة اه وفى مختصر الظهيرية ولو آجر فلان داره فدخلها الحالف هل يحنث فيه روايتان اه فهذا مفيد ان الدار اذا لم يكن مالكها ساكنها ولا غيره فالنسبة باقية فيحنث الحالف واما اذا سكنها غيره فقد علمت الاختلاف على قول محمد يحنث وعلى قول ابى حنيفة وابى يوسف لا يحنث فاقتصار المصنف على ماذكر قاصر عن افادة الخانية والظهيرية ٤٨ (قوله لكن ذكر شمس الائمة الخ) علمت انه قول ابى حنيفة وابى يوسف وقال ابن الضياء واما الدار المملوكة لفلان ان كان يسكنها غيره ولا سكنى لمالكها بوجه فانا نمنع حنثه بدخولها اه وقال فى الاختيار لا يدخل دار فلان وله دار يسكنها ودار غلة فدخل دار الغلة لا يحنث اه (قوله اى سواء كان راكبا او ماشيا) هذا اذا لم تكن له نية فان نوى ماشيا ودخلها راكبا لا يحنث كما فى البزازية (قوله فان المعنى الحقيقى ههنا مهجور) يشير الى ماقال الكمال انه لو وضع احدى رجليه فيها لا يحنث على جواب ظاهر الرواية لان وضع القدم ههنا مجاز عن الدخول ولا يحنث فى لا يدخل بوضع احدى رجليه اه فما فى مختصر الظهيرية حلف لا يضع قدمه فى دار فلان فوضع احدى قدميه فيها حنث اه خلاف ظاهر الرواية (قوله وشرط للبر فى لا تخرج الا باذنى لكل خروج اذن) كذا بغير اذنى او رضائى او علمى او الا بقناع او ملحفة وهذا مقيد ببقاء النكاح ونحوه لان الاذن انما يصح لمن له المنع فلو ابانها ثم تزوجها فخرجت بلا اذن لا تطلق وان كان زوال الملك لا يبطل اليمين عندنا لانها لم تنعقد الا على مدة بقاء النكاح ولو نوى الاذن مرة واحدة (يستغرق) صدق ديانة لا قضاء ولو اذن لها اذنا غير مسموع لم يكن اذنا فى قول ابى حنيفة ومحمد وهو الصحيح وقال ابو يوسف هو اذن ولا بد من علمها بالاذن فى غيبتها وفهمها الخطاب وطريق اسقاط هذا الحلف ان يقول كلما اردت الخروج فقد اذنت لك ثم اذا نهاها لم يعمل نهيه عند ابى يوسف خلافا لمحمد كما فى الفتح وهذا بخلاف ما لو قال لا كلم فلانا الا باذن فلان او قال لرجل فى داره والله لا تخرج الا باذنى فانه لا يتكرر اليمين لانه مما لا يتكرر عادة كما فى الفتح والبحر (قوله فجلست ساعة ثم خرجت الخ) كذا فى الهداية وفى الفتح ما يشير الى عدم اشتراط تغير تلك الهيئة الحاصلة مع ارادة الخروج حيث قال امرأة تهيأت للخروج فحلف لا تخرج فاذا جلست ساعة ثم خرجت لا يحنث لان قصده ان يمنعها من الخروج الذى تهيأت له فكأنه قال ان خرجت الساعة وهذا اذا لم تكن له نية فان نوى شيأ عمل به (قوله قائم مقام مفعول شرط) صوابه فاعل شرط (قوله مركب المأذون ليس لمولاه الخ) قال فى البرهان على هذا الخلاف دخول

ساكنها سواء كان غيره ساكنها اولا لقيام دليل السكنى التقديرى وهو الملك صرح به فى الخانية والظهيرية لكن ذكر شمس الائمة ان غيره لو كان ساكنها لا يحنث لانقطاع النسبة بفعل غيره (او) حلف (لا يضع قدمه فى دار فلان حنث بدخولها مطلقا) اى سواء كان راكبا او ماشيا حافيا او منتعلا فان المعنى الحقيقى ههنا مهجور اذ لو اضطجع ووضع قدميه فى الدار يحنث بكون باقى جسده خارج الدار لا يقال فى العرف انه وضع القدم فى الدار فاذا هجر الحقيقة اريد معنى مجازى وهو الدخول مطلقا بقرينة العرف (وشرط للبر فى لا تخرج الا باذنى لكل خروج اذن) لانه استثناء مفرغ ومعناه لا تخرج خروجا الا باذنى والنكرة فى سياق النفى تفيد العموم فاذا خرج منها بعض بقى ما عداه على العموم (لا فى) قوله لا تخرج (الا ان آذن لك) فانه لا يوجب لكل خروج اذنا اذ لا يمكن حمله على حقيقة الاستثناء لان الاذن ليس من جنس الخروج فيحمل على الغاية لمناسبة بينهما فان الغاية قصر لامتداد المغيا وبيان لانتهائه كما ان الاستثناء قصر للمستثنى منه وبيان لانتهاء حكمه وفى هذا المقام مباحث شريفة اوردناها فى شرح المرقاة فمن ارادها فليطلب ثمة (و) شرط (للحنث فى ان خرجت مثلا لمريد الخروج فعله فورا) يعنى لو ارادت المرأة الخروج مثلا فقال الزوج ان خرجت فانت طالق فجلست ساعة ثم خرجت لم يحنث وهذه تسمى يمين الفور تفرد ابو حنيفة رحمه الله تعالى عليه باظهارها ووجهه ان مراد المتكلم الزجر عن ذلك الخروج عرفا ومبنى الايمان على العرف (و) شرط للحنث (فى ان تغديت بعد) قول الطالب (تعال تغد معى) قوله (تغديه معه) قائم مقام مفعول شرط المقدر يعنى اذا قال زيد لبكر اجلس فتغد معى فقال بكر ان تغديت فعبدى كذا فرجع الى منزله فتعدى لم يحنث لان كلامه خرج مخرج الجواب فينطبق على السؤال فينصرف الى الغداء المدعو اليه (وان ضم اليوم) وقال ان تغديت اليوم (كفى) فى الحنث (مطلق التغدى) لانه زاد على قدر الجواب فيجعل مبتدأ (مركب المأذون ليس لمولاه فى حق اليمين الا اذا لم

عبيد مأذونه فى حكم حررت عبيدى (قوله لم يحنث عند ابى حنيفة ان كان عليه دين مستغرق) وان لم يكن عليه ذلك فانه لا يحنث ما لم ينوه لان الملك لا ينسب للمولى الا اذا نوى ولم ينو لانه لا مالك للمولى فى كسب عبده المديون المستغرق وفى المحيط لو ركب دابة مكاتبه لا يحنث لان ملكه ليس مضافا الى المولى لا ذاتا ولا يدا كذا فى البحر (قوله يراد بالاكل من الشجر ثمره) يشير الى انه لو تكلف لا كل عين الشجرة لا يحنث وهو الصحيح وكما يراد ثمر الشجر يراد جماره وطلعه وما يخرج من الشجر بلا تغير بصنع جديد فلا يحنث بالنبيذ والخل والناطف والدبس المطبوخ واحترز به عن غير المطبوخ وهو ما يسيل بنفسه من الرطب فانه يحنث به وفى بعض المواضع يحنث بدبسه والمراد عصيره ثم هذا اذا كان للشجر ثمر ولا نية له فان نوى عينها لا يحنث بثمرها لانه نوى حقيقة كلامه واذا لم تكن له نية ولا ثمر لها انعقدت على ثمنها فيحنث اذا اشترى به مأكولا كذا فى الفتح زاد فى البحر وا كله اه وقد يقال يراد بالاكل الانفاق فى اى شئ فيحنث به اذا نوى فلينظر (قوله وبهذا البر الخ) يشير الى انه اذا كان المحلوف عليه مما يؤكل عينه تقيد به فلو حلف لا يأكل ﴿ ٤٩ ﴾ من هذه الشاة حنث باللحم خاصة ولا يحنث باللبن والزبد كما فى البحر

يستغرق دينه ونواه) يعنى ان حلف لا يركب دابة فلان فركب دابة عبد مأذون له لم يحنث عند ابى حنيفة ان كان عليه دين مستغرق لرقبته وكسبه لانها حينئذ ليست لزيد وان لم يكن عليه دين مستغرق فان نوى بدابة زيد دابته الخاصة له لا يحنث وان نوى دابة هى ملك زيد سواء كانت خاصة له او كانت لعبده المأذون فحينئذ يحنث وقال ابو يوسف يحنث مطلقا اذا نواه وقال محمد يحنث وان لم ينوه (يراد بالاكل من الشجر ثمره) يعنى اذا قال لا آكل من هذا الشجر يراد به ثمره لان المعنى الحقيقى مهجور حسا (و) يراد (بهذا البر قضمه) عند ابى حنيفة حتى لو اكل من خبزه لم يحنث عنده وعندهما يحنث به ايضا وهذا الخلاف مبنى على خلاف آخر بينهما وهو ان اللفظ اذا كان له معنى حقيقى مستعمل ومعنى مجازى متعارف فابو حنيفة رجح المعنى الحقيقى وهما المعنى المجازى فالمراد عندهما اكل باطنه مجازا فيحنث باكله مطلقا عملا بعموم المجاز (و) يراد (بهذا الدقيق ما يتخذ منه) لان عينه غير مأكول عادة فانصرف الى ما يتخذ منه خبزا كان او غيره قال فى الوقاية بأكل خبزه اقول هو غير صحيح لان الباء متعلقة بقوله تقيد واذا قيد به وجب ان لا يتناول غيره وبطلانه ظاهر ولا يصححه قول صدر الشريعة اى بأكل ما يتخذ منه كالخبز ونحوه بل يظهر فساده لانه اذا قيد بمعين يجب ان لا يصح الاطلاق فكيف يصح التفسير به فتدبروا . تفهم (و) يراد (بالشواء اللحم) لا الباذنجان والجزر (وبالطبيخ طبيخ اللحم وبالرأس رأس يكبس فى التنانير ويباع فى مصره) لانها المتعارفة (وبالشحم شحم البطن) عند ابى حنيفة وعندهما يتناول شحم الظهر ايضا (وبالخبز ما اعتاده فى بلده) والمعتاد فى اكثر البلدان خبز الحنطة والشعير وان كان فى بعضها خبز الارز والذرة معتادا ايضا (وبالفاكهة التفاح والبطيخ

(قوله قضمه) اى اكله لان القضم الاكل بأطراف الاسنان ولا يختص الحنث به وقضم من باب علم وقيد بكون الحنطة معينة لانه لو حلف لا يأكل حنطة ينبغى ان يكون جواب الامام كجوابهما ذكره شيخ الاسلام قال الكمال ولا يخفى انه تحكم والدليل المذكور المتفق على ايراده فى جميع الكتب يعم المعينة والمنكرة وهو ان عينها مأكولة اه (قوله وعندهما يحنث به ايضا) اى كما يحنث بقضمه عندهما على الصحيح كذا فى الهداية وقال الكمال وقوله هو الصحيح احترازا عن رواية الاصل انه لا يحنث عندهما اذا قضمها وصححها فى الذخيرة ورجح شمس الائمة وقاضيخان رواية الجامع انه يحنث قال المصنف اى صاحب الهداية واليه الاشارة بقوله فى الخبز يحنث ايضا اى عندهما فانه يفيد انه يحنث بالقضم ولا يلزم استعمال اللفظ حقيقة ومجازا بل من عموم المجاز (قوله ويراد بهذا الدقيق ما يتخذ منه) (درر ٧ نى) يشير الى انه لو استف الدقيق لم يحنث وهو الصحيح كما فى الهداية (قوله لا الباذنجان والجزر) اى عند عدم النية فان نوى ما يشوى عمل به كالبيض والفول الاخضر الذى يسمى فى عرفنا شوى العرب كذا فى الفتح (قوله وبالطبيخ طبيخ اللحم) يعنى ما لم ينو العموم فان نوى عمل به كما فى البرهان وقال الكمال ان ما يتخذ قلية من اللحم لا يسمى طبيخا ولا يحنث به وهذا اى التقييد بطبيخ اللحم يقتضى ان لا يحنث بالارز المطبوخ بلا لحم وفى الخلاصة يحنث بالارز اذا طبخ بودك فانه يسمى طبيخا بخلاف ما لو طبخ بزيت او سمن اه اى لانه يسمى مزورة قال فى تهذيب القلانسى وما يطبخ من الادهان يسمى مزورة اه وفى البرهان العرف الظاهر اصل فى مسائل الايمان اه والعرف الآن اطلاق الطبيخ على ما يطبخ نحو العدس فيه يحنث (قوله لانها المتعارفة) يشير الى ان الخلاف لاختلاف العصر والزمان وعلى المفتى ان يفتى بما هو المعتاد فى كل مصر وقع فيه الحلف كما فى الفتح

والمشمش لا العنب والرمان والرطب والقثاء والخيار) عند ابي حنيفة وعندهما العنب والرمان والرطب فاكهة (و) يراد (بالشرب من نهر الكرع) وهو تناول الماء من موضعه بالفم حتى لو حلف لا يشرب من دجلة فشرب منها باناء لم يحنث حتى يكرع فيها كرعا خلافا لهما (لا بمن مائه) اى لا يراد بالشرب من ماء نهر الكرع بل يحنث بالشرب منه باناء ونحوه لانه بعد الاغتراف بقي منسوبا اليه وهو الشرط (لا يحنث في) حلفه (لا يأكل من هذا البسر بأكل رطبه او من هذا الرطب او اللبن بأكله تمرا او شيرازا) لان هذه صفات داعية الى اليمين فتنعقد بها بخلاف مالو حلف لا يأكل لحم هذا الحمل او لا يكلم هذا الصبي او هذا الشاب فأكل بعد ماصار كبشا او كلم بعد ماشاخ فانه يحنث لان تلك الاوصاف غير داعية الى اليمين لان الشرع امرنا بالتحمل باخلاق الفتيان ومداراة الصبيان وقد صرح في الكافي وغيره ان الصفة في المعين لغو الا اذا كانت داعية الى اليمين كما في مسئلة الرب اذ ربما يضره الرطب لا التمر (ولا) يحنث (في لا يأكل بسرا بأكل رطب) لانه ليس ببسر الفرق بين هذه المسئلة وبين ماقبلها ان صفة البسورة وصفة الرطبية وجدت نائمة في المعين وكان مقتضى قولهم الصفة في المعين لغو ان تكون لغوا لكنها لم تلغ لكون الصفة داعية الى اليمين وههنا وجدت في المنكر والصفة فيه معتبرة فظاهر من هذا ان قول صدر الشريعة اعلم انه لا فرق بين قولنا لا يأكل من هذا البسر فأكله رطبا او بين قولنا لا يأكل بسرا فأكل رطبا بناء على ان الرطب والبسر من اسماء الاجناس فاذا صار رطبا صار ماهية اخرى كما بينا في لا يدخل بيتا مع كونه مبنيا على كلامه المزيف في اول الباب مخالف لكلام الهداية والكافي وغيرهما ان صفة البسورة والرطبية داعية الى اليمين فان اعتبار صفة البسورة ونحوها ينافي اعتبار كون البسر ونحوه من اسماء الاجناس وان كان البسر ونحوه اسم جنس في الواقع فتدبر واستقم (ولا) يحنث (في لا آكل لحما بأكل سمك والقياس ان يحنث لانه سمى في القرآن لحما وجه الاستحسان ان التسمية مجازية لان اللحم منشؤه من الدم ولا دم له لكونه في الماء (ولا) يحنث (في لا آكل لحما او شحما بأكل الية) لانها نوع ثالث حتى لا تستعمل استعمال اللحوم والشحوم (ولا) يحنث (في لا يشتري رطبا باشتراء كباسة بسر فيها رطب) لان الشراء يصادف

(قوله وعندهما العنب والرمان والرطب فاكهة) قال في البرهان المشايخ قالوا هذا اختلاف زمان ففي زمانه لم يعدوها من الفواكه فأفتى على حسب ذلك وفي زمانهما عدت منها فأفتيا به وقال في المحيط العبرة للعرف فما يؤكل على سبيل التفكه عادة ويعد فاكهة في العرف يدخل تحت اليمين ومالا فلا اه (قوله ويراد بالشرب من نهر الكرع) هذا اذا لم تكن له نية فان نوى باناء او غيره عمل به وقيد بالنهر لانه لو حلف لا يشرب من البئر وليست ملآنة فتكلف الكرع منها لا يحنث به في الصحيح بل بالاغتراف منها اذا لم تكن له نية كما في الفتح (قوله بخلاف مالو حلف لا يأكل لحم هذا الحمل او لا يكلم هذا الصبي الخ) هذا اذا لم ينو

الحقيقة قيد اليمين فيهما وان نواها تقيدت بها لانه نوى حقيقة كلامه والظاهر لا يخالفه كذا في البرهان (قوله او هذا الشاب) قال في البحر عن الذخيرة الصبي من لم يبلغ وكذا الغلام فاذا بلغ فهو شاب وفتى الى ثلاثين سنة او ثلاث وثلاثين على الاختلاف فهو كهل الى الاربعين فهو شيخ الى خمسين اه (قوله لان تلك الاوصاف غير داعية الى اليمين) قال الكمال في هذا نظر لان الحمل ليس محمودا في الضأن لكثرة رطوباته زيادة حتى قيل فيه النحس بين الجيدين بخلافه كبشا فان لحمه حينئذ اكثر قوة وتقوية للبدن لقلة رطوباته فصار كالحالف لا يأكل من هذا الرطب فأكله تمرا لا يحنث واعلم ان ايراد مثل هذا وماقبله في مسئلة لا اكلم هذا الصبي ذهول عن وضع هذه المسائل ونسيان انما بنيت على العرف فيصرف اللفظ الى المعتاد في العمل والعرف في القول وان المتكلم لو اراد معنى تصح ارادته من اللفظ لا يمنع منه الامر بتحمل اخلاق الفتيان ومداراة الصبيان فلا ينفي كون حالف من الناس عرف عدم طيب الحمل وسوء ادب صبي علم انه لا يردعه الا ترك الكلام معه او علم ان الكلام معه يضره في عرضه او دينه فتصرف يمينه حيث صرفها فلا يحنث بالكلام معه بعد فوات تلك الصفة التي ارادها (قوله ولا يحنث في لا آكل لحما بأكل سمك) اى اذا (الجملة) لم تكن له نية فاما اذا نواه فأكل سمكا طريا او غير طري حنث كما في الفتح (قوله والقياس ان يحنث) روى شاذا عن ابي يوسف (قوله وجه الاستحسان الخ) كذا في الهداية وهو منقوض بالالية لانها تنعقد من الدم ولا يحنث بأكلها ونمنع ان اسم اللحم باعتبار الانعقاد من الدم بل باعتبار الالتحام فالتمسك لابي حنيفة انما هو بالعرف كما في الفتح (قوله كباسة) بكسر الكاف عنقود النخل والجمع كبائس كذا في البحر (قوله لان الشراء يصادف الجملة والمغلوب تابع) يخالفه مانقل في البحر عن الخانية او حلف لا يشتري الية فاشترى شاة مذبوحة كان حانثا وكذا لو حلف لا يشتري رأسا

(قوله وحنث فى لايأكل رطبا الخ) هذا عند ابى حنيفة وقال ابو يوسف لايحنث بأكل المذنب وروى عن محمد الحنث وعدمه كما فى البرهان (قوله وفى عرفنا لايحنث) هو الصحيح كما فى البرهان (قوله وعليه الفتوى) اشارة الى رد ماقيل ان العرف العملى لايقيد اللفظ لما صرح به فى الاصول من ان الحقيقة تترك بدلالة العادة كذا فى البحر (قوله وقال محمد مايؤكل مع الخبز غالبا فهو ادام) عليه الفتوى كما فى البحر عن تهذيب القلانسى وعن المحيط قول محمد اظهر وبه اخذ الفقيه ابو الليث (قوله وهو رواية عن ابو يوسف) قال فى البحر وعن ابى يوسف ان تسمية هذه الاشياء على ماتعارف اهل تلك البلاد فى كلامهم (قوله الغداء) اى التغدى لان الغداء بفتح الغين المعجمة والمداسم لمايؤكل فى الوقت الخاص لا الاكل) ليس المراد به مطلق الاكل ولامطلق المأكول لانه يشترط ان يكون المأكول ممايأكله اهل بلده حتى او شرب اللبن او اكل التمر او الارز ﴿ ٥١ ﴾ حتى شبع لم يحنث ان كان حضريا وان كان بدويا حنث ولو اكل اقل من اكثر الشبع لايحنث حتى فى السحور لان الشرط ان يزيد على اكثر نصف الشبع كما فى التبيين والفتح (قوله من طلوع الفجر الى الظهر كذا فى العرف) كذا فى التجريد وفى الخلاصة وقت التغدى من طلوع الشمس الى الزوال وكذا قال الاسبيجابى فى شرح الطحاوى كذا فى الفتح وقال صاحب البحر ينبغى ان يكون هو المعتمد من العرف لان الاكل قبل طلوع الشمس لايسمونه غداء اه (قوله والعشاء منه الى نصف الليل) كذا فى الهداية وقال الخجندى والاسبيجابى هذا فى عرفهم اما فى عرفنا فالعشاء من بعد صلاة العصر كذا فى الجوهرة والفتح (قوله ان اكلت اوشربت) كذا ان اغتسلت او نكحت او سكنت دار فلان ثم قال عنيت من جنابة او امرأة دون امرأة او بأجر ولم يسبق قبل ذلك كلام بان استأجرها منه او استعارها فأبى فحلف ينوى السكنى بالاجارة او الاعارة لايصح قضاء ولا ديانة كما فى الفتح (قوله ولا دلالة لها على المفعول الا اقتضاء) كذا فى الهداية وقال الكمال التحقيق ان المفعول فى لاآكل والبس ليس من باب المقتضى وهو من باب حذف المفعول اقتصارا او تناسيا لان المقتضى مايقدر لتصحيح المنطوق وذلك بان يكون الكلام مما يحكم بكذبه على ظاهره مثل رفع الخطأ والنسيان او بعدم صحته شرعا مثل اعتق عبدك عنى وليس قول القائل لاآكل يحكم بكذبه بمجرده ولا متضمنا حكما لايصح شرعا ثم المفعول اعنى المأكول من ضروريات وجود فعل الآكل ومثله ليس من باب المقتضى والا كان كل كلام كذلك اذ لابد ان يستدعى معناه زمانا ومكانا فكان لايفرق بين قولنا الخطأ والنسيان مرفوعان وبين قام زيد وجلس عمرو (قوله اصلا) اى لاقضاء ولاديانة قال الزيلعى وعن ابى يوسف انه يصدق ديانة وبه اخذ الخصاف ونحن نقول نية غير الملفوظ لاتصح اه (قوله ولو ضم طعاما او شرابا او ثوبا دين) هذا بخلاف مالو حلف لايتزوج امرأة ونوى كوفية أو بصرية لاتصح لانه تخصيص الصفة ولو نوى حبشية او عربية صحت فيما بينه وبين الله تعالى لانه تخصيص الجنس كذا فى الفتح (قوله امكان البر) أى حقيقة لاعادة

الجملة والمغلوب تابع ولو كان اليمين على الاكل يحنث لان الاكل صادف شيأ فشيأ فكان كل واحد منهما مقصودا وصار كما اذا حلف لايشترى شعيرا او لايأكله فاشترى حنطة فيها حبات شعير واكلها يحنث فى الاكل لا فى الشراء لما ذكر (وحنث فى لايأكل رطبا او بسرا او ولا بسرا بأكل مذنب البسر) المذنب بكسر النون الذى اكثره بسر وشئ منه رطب والرطب المذنب عكسه وانما حنث لانه اكل المحلوف عليه وزيادة فيحنث (و) حنث (فى لايأكل لحما بأكل كبد اوكرش) لان نشو هذه الاشياء من الدم والاختصاص باسم آخر لا للنقصان كالرأس والكراع قال صاحب المحيط هذا فى عرف اهل الكوفة وفى عرفنا لايحنث لانها لاتعد لحما ولاتستعمل استعمال اللحوم (او لحم خنزير او انسان) لان كلا منهما لحم حقيقة وذكر العتابى انه لايحنث وعليه الفتوى كذا فى الكافى (والادام مايصبغ به الخبز كالخل والملح والزيت لا اللحم والبيض والجبن) يعنى لو حلف لايأتدم ولانية له فكل شئ يصطبغ به الخبز فهو ادام ومالا فلا هذا عند ابى حنيفة وابى يوسف وقال محمد مايؤكل مع الخبز غالبا فهو ادام وهو رواية عن ابى يوسف (الغداء الاكل من) طلوع (الفجر الى الظهر) كذا فى العرف والعشاء منه الى نصف الليل) لان مابعد الزوال يسمى عشاء (والسحور منه الى الفجر) لانه مأخوذ من السحر فاطلق على مايقرب منه فمن حلف لايتغدى او لا يتعشى او لا يتسحر يراد بها هذه المعانى (قال ان اكلت او شربت او لبست) ولم يذكر مفعولا (ونوى) مأكولا او مشروبا او ملبوسا (معينا لم يصدق) لان النية فى ماهية هذه الافعال ولادلالة لها على المفعول الا اقتضاء وقد تقرر ان المقتضى لاعموم له عندنا لتصحيح نية التخصيص (اصلا) اى لاقضاء ولاديانة (ولو ضم طعاما او شرابا او ثوبا دين) اى صدق ديانة لاقضاء لان اللفظ حينئذ عام يقبل التخصيص لكنه خلاف الظاهر فلا يصدق قضاء (امكان البر شرط صحة الحلف) يعنى ان اليمين

(قوله فيما فيه رجاء الصدق) اى حقيقة لاعادة (قوله او كان فيه ماء فصب) قال صاحب البحر ظاهر كلامهم انه لا فرق بين ان يكون قد
صبه الحالف او غيره او انصب من غير فعل احد (قوله لم يحنث) جواب المسائل الثلاث والاطلاق المصنف يشمل ما اذا علم الحالف ان
الكوز فيه ماء وما اذا لم يعلم وهو الصحيح كما فى الهداية والتبيين والبحر (قوله وفى ليصعدن السماء الخ) اطلقه احترازا
عما اذا قيد الصعود وقلب الحجر بمدة لانه لا يحنث قبل مضيها حتى لو مات قبل مضيها لا تجب الكفارة كما فى الفتح

وقيد بالفعل لانه لو حلف على الترك بان
قال ان تركت مس السماء فعبدى حر لم
تنعقد يمينه لان الترك لا يتصور فى غير
المقدور كذا فى البحر (قوله كذا ليقتلن
فلانا عالما بموته) بخلاف الحلف على
ضربه لما قال قاضيخان حلف ليضربن
فلان اليوم وفلان ميت ان علم بموته
لا يحنث وان لم يعلم فكذلك وان كان
حيا وقت الحلف ثم مات لا يحنث فى قول
ابى حنيفة ومحمد ويحنث فى قول ابى
يوسف اه (قوله شهر على انسان سيفا
وحلف ليقتلنه فهو على حقيقته) مثله
ما قال فى شرح المختار لاضربنك
بالسيف حتى تموت فهو على الموت
حقيقة اه وكذا فى البرهان وقاضيخان
وكذا فى البزازية قال لاضربنه
بالسيف حتى يموت فانه لا يبر الا
بالضرب حتى يموت اه ولكن قال
الكمال لاضربنك حتى اقتلك فهو على
الضرب الشديد وعندى ايضا على
الضرب الشديد لاضربنك بالسيف
حتى تموت ولاضربن ولدك على
الارض حتى ينشق نصفين فهو على ان
يضرب به الارض ويركله فقط
وخلاف هذا ليس بصحيح اه والركل
الضرب بالرجل الواحدة كما فى الصحاح
(قوله داعر) بالدال والعين المهملتين
هو المفسد (قوله تقيد بحال ولايته)
قال الكمال وفى شرح الكنز ثم ان الحالف
لو علم بالداعر ولم يعلمه به لم يحنث الا اذا
مات هو او المستحلف او عزل لانه لا يحنث فى اليمين المطلقة الا باليأس الا اذا كانت مؤقتة فيحنث بمضى الوقت (كان)
مع الامكان اه ولو حكم بانعقاد هذه للفور لم يكن بعيدا نظرا الى المقصود وهو المبادرة لزجره ودفع شره فالداعى يوجب التقييد
بالفور اى فور علمه اه كلام الكمال ﴿تنبيه﴾ تعتبر نية الحالف ظالما كان او مظلوما ان كان الحلف بالطلاق والعتاق ونحو ذلك
وان كان الحالف بالله عز وجل فان كان الحالف مظلوما تعتبر نيته والا تعتبر نية المحلف عند ابى حنيفة ومحمد كذا فى مختصر الظهيرية

انما تنعقد عند ابى حنيفة ومحمد اذا كان المحلوف عليه ممكن الوقوع سواء كان الحالف بالله تعالى
او الطلاق او العتاق (خلافا لابى يوسف) وحاصله ان اليمين عقد كسائر العقود الشرعية
فلا بد له من محل ومحله عنده خبر فى المستقبل سواء قدر عليه الحالف او لا الا ترى ان
اليمين على مس السماء وتحويل الحجر ذهبا منعقدة لانه عقدها على خبر فى المستقبل وان
لم يقدر عليه وعندهما محله خبر فيه رجاء الصدق لان محل الشئ ما يكون قابلا لحكمه
وحكم اليمين البر وهو لا يتحقق فيما ليس فيه رجاء الصدق فلا تنعقد اصلا كيمين الغموس
(ففى) قوله (والله لاشربن ماء هذا الكوز اليوم) او قوله ان لم اشرب الماء الذى هو
فى هذا الكوز اليوم فكذا (ولا ماء فيه او كان) فيه ماء (فصب) الماء قبل الليل (او
اطلق) الحالف ولم يقل اليوم (ولا ماء فيه لم يحنث) عندهما لعدم صحة الحالف لانتفاء
شرطها وهو امكان البر وعند ابى يوسف يحنث لصحة الحلف عنده (وان كان فيه ماء
وصب حنث) لان البر وجب عليه اذا فرغ من التكلم لكن موسعا بشرط ان لا يفوته
فى عمره والبر ممكن عند الفراغ منه فانعقدت اليمين حتى لو امتنع بان صب الماء عقيب اليمين
بلا تراخ لا تنعقد فان قيل قبل لم لم تنعقد اليمين على ماء يوجده الله تعالى فى الكوز فانه ممكن
قلنا ذلك الماء ليس الماء الذى انعقدت اليمين عليه فان قيل امكن القول بانعقاد اليمين
موجبة للبر على وجه يظهر فى حق الخلف وهو الكفارة قلنا شرط انعقاد السبب فى
حق الخلف احتمال الانعقاد فى حق الاصل ولا احتمال هنا لعدم امكان البر (وفى
ليصعدن السماء او ليقلبن هذا الحجر ذهبا حنث للحال) وعند زفر لا يحنث لاستحالة
البر عادة ولنا ان الصعود الى السماء ممكن حتى وقع لبعض الانبياء والجن حيث قال تعالى
وانا لمسنا السماء الآية وكذا قلب الحجر ذهبا ممكن فى نفسه وواقع لبعض الاخيار واذا
امكن البر تنعقد اليمين فيحنث فى الحال لعجزه عن تحقيق البر ظاهرا وذا كاف
للحنث (كذا ليقتلن فلانا عالما بموته) اذا اراد حينئذ قتله بعد احياء الله تعالى وهو
ممكن فتنعقد اليمين ويحنث فى الحال اما اذا لم يكن عالما بموته فالمراد القتل
المتعارف ولما كان ميتا كان ذلك ممتنعا حقيقة (شهر على انسان سيفا وحلف
ليقتلنه فهو على حقيقة) فان قتل بر والا حنث لان السيف آلة له (ولو شهر عصا
وحلف ليقتلنه فعلى) اى الحلف يقع على (ايلامه) لا حقيقة القتل فان آلم بر والا
حنث لان العصا ليس آلة للقتل بل للايلام بالضرب كذا فى شرح الجامع الكبير
للصدر الشهيد سليمان (تحليف الوالى ليعلمه كل داعر اتى مقيد بحال ولايته) يعنى
اذا حلف الوالى رجلا له شعور على اهل الفساد ليعلمه كل مفسد يجئ فى البلدة

(قوله وبعدما عزل لم يلزم الاعلام) كذا لو عاد الى الولاية لا يعود اليمين لسقوطها كذا فى الفتح (قوله والضرب والكسوة الخ) الاصل فيه ان كل فعل يلذ ويؤلم ويغم ويسر يقع على الحياة دون الممات كالضرب والشتم والجماع والكسوة والدخول عليه ومثله التقبيل اذا حلف لا يقبلها فقبلها بعد الموت لا يحنث وقيل ان عقد على تقبيل ملتح يحنث او على امرأة لا يحنث وهو اى التقبيل على الوجه اه كذا فى الفتح ﴿تنبيه﴾ الكلام من حلف القول لا الفعل فذكره هنا استطرادا (قوله والقريب مقيد بما دون الشهر) كذا العاجل فلا يحنث ان مات قبل مضى الشهر عند عدم النية فاما ان نوى بالقريب ونحوه مدة معينة فهو على ما نوى حتى لو نوى سنة اوا كثر صحت وكذا الى آخر الدنيا لانها قريبة بالنسبة الى آخرة كذا فى الفتح واول الشهر قبل مضى النصف وغرة الشهر الليلة الاولى مع اليوم الاول وثلاثة ايام لغة والسلخ لغة من الثامن والعشرين الى الآخر وعرفا من التاسع والعشرين ورأس الشهر ورأس الهلال واذا اهل الهلال ولا نية له فعلى الليلة التى تهل ويومها وان نوى الساعة التى يهل يصدق لانه تغليظ عليه وآخر اول الشهر واول آخر الخامس عشر والسادس عشر كذا فى مختصر الظهيرية وقريبا من سنة فهو على نصفها والى صفر لا يدخل اوله على المفتى به كذا فى البزازية (قوله وقيل لا يحنث فى حال الملاعبة (هو الصحيح كما فى مختصر الظهيرية والبزازية وقاضيخان (قوله من غزلك) اى مغزولك (قوله فهو هدى) اى عليه اهداؤه الى مكة وقال الكمال وان نذر ثوبا جاز التصدق فى مكة بعينه او بقيمته ولو نذر اهداء ما لا ينقل كالدار فهو نذر بقيمتها وان نذر هدى شاة او بدنة فانما يخرجه عن العهدة ذبحه فى الحرم والتصدق به هناك فلا يجزيه اهداء قيمته وقيل فى اهداء قيمة الشاة روايتان فلو سرق بعد الذبح ليس عليه غيره اهو فى هذا تنبيه على مفارقته الصدقة بمكة لان مدلول الهدى خاص بما يكون بمكة والصدقة لا تختص بها (قوله من قطن ملكه يوم حلف) يعنى وقت حلف (قوله وله ان غزل المرأة عادة يكون من قطن الزوج) كذا فى الهداية وقال الكمال والواجب فى ديارنا ان يفتى بقولهما لان المرأة لا تغزل الا من كتان نفسها او قطنها فليس الغزل سببا لملكه للمغزول عادة فلا يستقيم جواب ابى حنيفة رحمه الله فيه اه (قوله والمعتاد هو المراد وذلك سبب ملكه الخ) معنى كونه سببا كونه كلما وقع ثبت الحكم عنده وكون الغزل فى العادة يكون من قطن مملوك له يستلزمه كونه كلما وقع ثبت عند ملك الزوج فى المغزول ولهذا فارق مسئلة التسرى حيث لا يحنث فيها بالشراء بعد الحلف لان الاضافة الى التسرى ليست اضافة الى سبب الملك لان الملك لا يثبت عند التسرى اثر اله بل هو اى الملك مقدم عليه اى التسرى كذا فى الفتح

كان ذلك مقيدا بحال ولاية الوالى وان لم يذكر فان اعلمه حال ولايته بر والا حنث وبعدما عزل لم يلزم الاعلام (والضرب او الكسوة والكلام والدخول عليه مقيد (بالحياة) يعنى لو حلف على ضرب فلان او كسوته او الكلام معه او الدخول عليه كان ذلك مقيدا بحياته حتى لو فعل هذه الافعال بعد موته لا يكون بارا لان الضرب اسم لفعل مؤلم يتصل بالبدن والايلام لا يتحقق فى الميت ومن يعذب فى قبره يوضع فيه قدر من الحياة وكذا الكسوة اذ يراد به التمليك عند الاطلاق وهو فى الميت لا يتحقق الا ان ينوى به الستر وكذا الكلام لان المقصود منه الافهام والموت ينافيه وكذا الدخول فان المقصود منه زيارته وبعد الموت يزار قبره لا هو (لا الغسل) يعنى لو حلف على غسل فلان لا يتقيد بحياته لان الغسل هو الاسالة ومعناه التطهير وهو يتحقق فى الميت (والقريب) مقيد (بما دون الشهر فى ليقضين دينه الى قريب فالشهر) وما زاد عليه (بعيد) ولهذا يقال عند بعد العهد ما لقيتك منذ شهر (مد شعرها وخنقها وعضها كضربها) يعنى لو حلف لا يضرب امرأته فمد شعرها او خنقها او عضها حنث لانه اسم لفعل مؤلم وقد تحقق الايلام وقيل لا يحنث فى حال الملاعبة لانه يسمى ممازحة لا ضربا (قال) لامرأته (ان لبست من غزلك فهدى) اى فاللباس صدقة يتصدق بها فى مكة (فاشترى) الزوج (قطنا فغزلته) المرأة (ونسج) وخيط (ولبس) الزوج (فهو) اى اللباس (هدى) عند ابى حنيفة وقالا ليس عليه ان يهدى حتى تغزله من قطن ملكه يوم حلف لان النذر انما يصح فى الملك او مضاف الى سببه ولم يوجد لان اللبس وغزل المرأة ليسا من اسبابه وله ان غزل المرأة عادة يكون من قطن الزوج والمعتاد هو المراد وذلك سبب ملكه ولهذا يحنث اذا غزلت من قطن مملوك له وقت النذر لان القطن لم يذكر حتى اذا ذكر بان اضافه الى نفسه وقال ان لبست من غزلك من قطنى فهدى بالاجماع وان اضافه اليها وقال ان لبست من غزلك من قطنك لم يكن هديا بالاجماع (عقد لؤلؤ لم يرصع وخاتم ذهب حلى لا خاتم فضة) يعنى لو حلف لا يلبس حليا فلبس عقد لؤلؤ غير مرصع لم يحنث عند ابى حنيفة وقالا يحنث لانه

(قوله وقيل هذا اختلاف عصر وزمان ويفتى بقولهما) كذا في الهداية وقال الزيلعي وفي الكافي قولهما اقرب الى عرف ديارنا فيفتى بقولهما لان التحلي به على الانفراد معتاد وعلى هذا الخلاف اذا لبس عقد زبرجد او زمرد غير مرصع اه (قوله وان تختم بخاتم فضة لا يحنث) قال الزيلعي وذكر في النهاية معزيا الى الفوائد الظهيرية ان خاتم الفضة اذا صيغ على هيئة خاتم النساء بان كان ذا فص يحنث وهو الصحيح اه وقيد بالخاتم لانه لو لبس سوارا او خلخالا او قلادة او قرطا او دملوجا حنث بذلك كله ولو من فضة كذا في الفتح (قوله اولا ينام على هذا الفراش فنام على فراش فوقه) كذا في الهداية وقال الكمال وروى عن ابي يوسف رواية غير ظاهرة عنه انه يحنث لانه يسمى نائما على فراشين فلم تنقطع النسبة ولم يصر احدهما تبعا للآخر وحاصله ان كون الشيء ليس تبعا لمثله مسلم ولا يضر نافيه في الفراشين بل كل اصل بنفسه ويتحقق الحنث بتعارف قولنا نام على فراشين وان كان لم يماسه الا الاعلى اه (قوله قرام) هو الستر المنقش والقرمة الحبس وهو ما يبسط فوق المثال وقيل هما ﴿٥٤﴾ بمعنى كذا في المغرب (قوله وبفعله يقع على مرة) قال الكمال سواء كان مكرها فيه او ناسيا اصيلا او وكيلا واذا كانت اليمين مطلقة لا يحنث حتى يقع اليأس عن الفعل بموت الحالف او فوات محل الفعل وان كانت مقيدة مثل لا اكلمه اليوم سقطت بفوات محل الفعل قبل مضي الوقت عندهما على ما سلف في مسئلة الكوز خلافا لابي يوسف ولو مات الحالف قبل مضيه لا حنث عليه ولا كفارة ولو جن الحالف في يومه حنث عندنا خلافا لاحمد اه (قوله بعلى المشي الى بيت الله) قال الكمال اي اذا اراد به الكعبة والوراد بعض المساجد لم يلزمه شيء وكذا لا يلزمه شيء بقوله على المشي الى بيت المقدس او مدينة رسول الله صلى الله عليه وسلم (قوله او الكعبة) كذا على المشي الى مكة او بمكة بالباء كما في الفتح (قوله ماشيا) اي من بيته على الراجح لا من حيث يحرم من الميقات واذا كان الناذر بمكة اختلفوا في لزوم المشي حال ذهابه الى العمرة الى ان يجاوز الحرم او لا يلزمه

حلي حقيقة حتى سمي به في القرآن وله انه لا يتحلى به عرفا الا مرصعا ومبنى الايمان على العرف وقيل هذا اختلاف عصر وزمان ويفتى بقولهما لان التحلي به منفردا معتاد وان تختم بخاتم ذهب حنث لانه حلي ولهذا لا يحل استعماله للرجال وان تختم بخاتم فضة لا يحنث لانه ليس بحلي عرفا ولا شرعا حتى ابيح استعماله للرجال (حلف لا يجلس على الارض فجلس على بساط او حصير او لا ينام على هذا الفراش فنام على فراش فوقه او لا يجلس على هذا السرير فجلس على سرير فوقه لم يحنث) اما الاول فلانه لا يسمى جالسا على الارض واما الثاني والثالث فلان مثل الشيء لا يكون تبعا له فتقطع النسبة عن الاول (ولو حال بينه وبينها لباسه) في الصورة الاولى) او جعل على الفراش قرام او على السرير بساط او حصير) في الصورتين الاخيرتين (حنث) اما في الاولى فلان لباسه تبع له فلا يعد حائلا واما في الثانية فلان القرام تبع للفراش فيعد نائما عليه واما في الثالثة فلان الجلوس على بساط او على حصير فوق السرير جلوس على السرير لان الجلوس عليه في العادة كذلك قوله على هذا السرير اشارة الى ان ما وقع في الهداية والوقاية والكنز من تنكير سرير كأنه سهو من الناسخ اذ على هذا لا يستقيم قول الهداية بخلاف ما اذا جعل فوقه سرير آخر لانه مثل الاول فان هذا لا يستقيم الا في المعين بل الصواب ما في الكافي من تعريف السرير فليتأمل (لا يفعله يقع على الابد) يعني اذا قال والله لا افعل كذا وجب ان لا يفعله ابدا لانه في المعنى نكرة في سياق النفي (ويفعله) يقع (على مرة) لانه نكرة في سياق الاثبات (بعلى المشي) يعني بقوله على المشي (الى بيت الله او الكعبة) سواء كان فيها او في غيرها (يجب عليه حج او عمرة ماشيا ودم ان ركب) وفي القياس لا يجب عليه شيء لا لتزامه ما ليس بقربة واجبة ولا مقصودة في الاصل لكنه مستحسن بالاثر فانه عن علي رضي الله عنه

المشي الابعد رجوعه قال الكمال والوجه يقتضي لزومه بما قدمناه في الحج من انه يلزمه المشي من بلدته اه (قوله (لا) ودم ان ركب) قال في الهداية والتبيين وان شاء ركب واراق دما اه فاستفيد منه التخيير بين المشي والركوب (قوله لكنه مستحسن بالاثر فانه عن علي رضي الله عنه) كذا في الهداية وقال في العناية قال محمد رحمه الله في الاصل بلغنا عن علي بن ابي طالب رضي الله عنه انه قال من جعل على نفسه الحج ملشيا حج وركب وذبح شاة لركوبه كذا في بعض الشروح وليس بمطابق لما نحن فيه لجواز ان يكون ذلك فيمن جعل على نفسه الحج ماشيا بغير هذا اللفظ وليس الكلام فيه وقال آخرون روى عن علي رضي الله عنه انه اجاب في هذه المسئلة بأن عليه حجة او عمرة وهذا مطابق وقد روى شيخي رحمه الله في شرحه ان اخت عقبة بن عامر نذرت ان تمشي الى بيت الله فأمرها النبي صلى الله عليه وسلم ان تحرم بحجة او عمرة اه قلت المطابق وما بعده لا يستفاد منه التخيير بين الركوب والمشي فالمدعى اعم ويرد على الطلاق التخيير ما قد ورد في بعض الطرق وانها اي اخت عقبة بن عامر لا تطيق ذلك اي المشي

(لا شئ بعلى الخروج او الذهاب الى بيت الله او المشى الى الحرم او المسجد الحرام او الصفا والمروة) لان التزام هذه الافعال بهذه العبارات غير متعارف ولا يمكن ايجابها باعتبار حقيقة اللفظ لانها ليست بقربة مقصودة (قال لعبده ان لم احج العام فانت حر فشهدا بنحره بالكوفة لم يعتق) العبد عندهما وقال محمد يعتق لانها شهادة على امر معلوم وهو التضحية ومن ضرورته انتفاء الحج فيتحقق الشرط ولهما انها قامت على النفى لان المقصود منها نفى الحج لا اثبات التضحية اذ لا مطالب لها فصار كما اذا شهدا انه لم يحج العام غاية ان هذا النفى مما يحيط به علم الشاهد ولكنه لم يميز بين نفى ونفى تيسيرا كذا فى الهداية والكافى وغيرهما من كتب الفروع لكنه مخالف لما تقرر فى كتب الاصول ان النفى اذا كان محصورا احاط به علم الشاهد كان مثل الاثبات (فى لا يصوم حنث بصوم ساعة بنية) يعنى حلف بانه لا يصوم فنوى الصوم وصام ساعة ثم افطر من يومه حنث لوجود الشرط اذ الصوم هو الامساك عن المفطرات فى النهار على قصد التقرب (ولو ضم يوما او صوما لا) يحنث (حتى يتم يوما) لان المراد به الصوم التام المعتبر شرعا وذلك باتمامه الى آخر اليوم (وفى لا يصلى) حنث (بركعة لا بما دونها) يعنى لا يحنث بالقيام او القراءة او الركوع وان سجد مع ذلك ثم قطع حنث والقياس ان يحنث بالافتتاح اعتبارا بالشروع فى الصوم ووجه الاستحسان ان الصلاة عبارة عن الاركان المختلفة فما لم يأت بكلها لا تسمى صلاة بخلاف الصوم لانه ركن واحد وهو الامساك ويتكرر فى باقى الاجزاء (ولو ضم صلاة فبشفع لا اقل) اذ يراد بها الصلاة المعتبرة شرعا واقلها ركعتان للنهى عن البتيراء (وبان ولدت فانت كذا) يحنث (بولد ميت) يعنى لو قال لامرأته ان ولدت ولدا فانت طالق فولدت ولدا ميتا طلقت وكذا لو قال لامته ان ولدت ولدا فانت حرة فولدت ميتا لان المولود ولد حقيقة ويسمى به فى العرف ويعتبر ولدا فى الشرع حتى ينقضى به العدة والدم بعده نفاس وامه ام ولد له فتحقق الشرط (وفى ان ولدت) ولدا (فهو) اى الولد (حر عتق الحى ان ولدت ميتا ثم حيا) عنده وقالا لا يعتق لان الشرط تحقق بولادة الميت كما ذكرنا فانحلت اليمين لا الى جزاء لان الميت ليس بمحل للحرية وله ان مطلق اسم الولد مقيد بوصف الحياة تصحيحا لكلام العاقل اذ لو لم يتقيد به لغا لانه قصد اثبات الحرية جزاء وهى لا تثبت فى الميت فيتقيد به كما اذا قال ان ولدت ولدا حيا بخلاف جزاء الطلاق وحرية الام لانه لا يصلح للتقييد (وفى ليقضين دينه اليوم وقضاه زيوفا او نبهرجة او مستحقة او باعه به شيأ وقبضه بر) يعنى اذا حلف ليقضين فلانا دينه اليوم فقضاه ثم وجد فلان بعضها زيوفا او نبهرجة او مستحقة لم يحنث لان الزيافة عيب والعيب لا يعدم الجنس ولهذا لو تجوز به صار مستوفيا لدينه فوجد شرط البر

(قوله او المشى الى الحرم او المسجد الحرام) هذا عند ابى حنيفة وقالا فى قوله على المشى الى الحرم او المسجد الحرام عليه حجة او عمرة كذا فى التبيين (قوله وفى لا يصوم حنث بصوم ساعة) نص محمد فى الجامع الصغير وهو الاصح خلافا لما ذكره التمرتاشى انه لا يحنث لانه لتعظيم الله تعالى وذلك لا يحصل بالفاسد الا اذا كانت فى الماضى كما فى الفتح (قوله وفى لا يصلى بركعة) شامل لحنثه بالصحيحة والفاسدة ولو قيد بذكر الركعة لا يحنث بالفاسدة لما قال فى الفتح عن الذخيرة ومثله فى قاضيخان والبزازية لو قال لعبده ان صليت ركعة فانت حر فصلى ركعة ثم تكلم لا يعتق ولو صلى ركعتين عتق بالركعة الاولى لانه فى الصورة الاولى ما صلى ركعة لانها بتيراء منهى عنها نهيا يمنع الصحة لو فعلت بخلاف ما اذا صلى شفعا اه ولو حلف لا يحج فهو على الصحيح دون الفاسد كما فى البحر عن الظهيرية (قوله ولو ضم صلاة فبشفع) اختلفوا فى وقت حنثه والاظهر انه ان عقد يمينه على مجرد النفل وهو اذا حلف لا يصلى صلاة يحنث قبل القعدة لان الحق ان الاركان الحقيقية هى الخمسة والقعدة ركن زائد على ما تحرر وانما وجبت للختم فلا تعتبر ركنا فى حق الحنث وان عقدها على الفرض كصلاة الصبح او ركعتى الفجر ينبغى ان لا يحنث حتى يقعد كما فى الفتح (قوله وكذا لو قال لامته) يعنى وكذا يحنث لو قال لامته الخ وليست الاشارة للطلاق كما توهمه ظاهر العبارة والمصنف شرح متنه بعبارة الهداية ومتنه اولى كالكنز وشرحه الزيلعى بعبارة الهداية (قوله بخلاف جزاء الطلاق) كذا فى الهداية والاضافة بيانية (قوله لانه لا يصلح) الضمير للجزاء صرح به فى العناية بقوله لانه اى الجزاء وقوله لا يصلح للتقييد يعنى لا يفتقر الجزاء للتقييد بحياة الولد لاستغناء الام عن حياته فلم يكن الشرط للطلاق والعتاق الا الولادة وقد تحققت (قوله وفى ليقضين دينه اليوم الخ) كذا الحكم لو حلف رب الدين فقال ان لم اقبض مالى عليك اليوم او ان لم استوف كما فى الفتح (قوله او باعه به شيأ وقبضه) كذا فى الهداية وليس القبض قيدا احترازيا لما سيذكره المصنف فكان عليه ان لا يشترط القبض

(قوله وقد تحققت بالبيع) اى بمجرد البيع تحققت المقاصة (قوله فكانه شرط القبض لتقرر القضاء به) كذا فى الهداية يشير الى ان ما وقع فى الجامع الصغير من التقييد بالقبض ليس احترازيا وانما نص محمد على القبض تأكيد البيع ليتقرر الدين على رب الدين لان الثمن وان وجب بالبيع لكنه على شرف السقوط لجواز ان يهلك المبيع قبل القبض كذا فى الفتح وقال الزيلعى اشتراط قبض المبيع فى الجامع الصغير وقع اتفاقا لا انه شرط البراءة (قوله لا اى لا يبر) لم يتعرض للحنث فى المسائل الثلاث ويحنث بمضى اليوم فى اعطاء الستوقة والرصاص لكون اليمين مؤقتة باليوم واما فى الهبة فكذلك فى غير المؤقتة لما قال الكمال اذا وهبه وكانت اليمين مقيدة وقبل الهبة والوقت باق لم يبر يحنث ولا يستلزم ارتفاع النقيضين وهما البر والحنث لان النقيضين اللذين ﴿ ٥٦ ﴾ يجب صدق احدهما دائما فى الامور الحقيقية كوجود زيد وعدمه اما فى الامور الشرعية فانما يثبت حكمهما مادام السبب قائما فاذا فرض انتفاؤه انتفى الحنث والبر وان كانت اليمين مطلقة فلا شك انه يحنث بالاتفاق لان التصور لا يشترط بقاؤه فى اليمين المطلقة بل فى الابتداء وحين حلف كان الدين قائما فكان تصور البر ثابتا فانعقدت ثم حنث بعد مضى زمن يقدر فيه على القضاء باليأس من البر اهـ (قوله فان قبض دينه فى وزنتين) المراد تعدد الوزنات لا خصوص الثنتين والحيلة ان يبقى على المديون درهما اذا تعدد المجلس (قوله ولا فى ان كان لى الامانة) فى جعله من حلف الفعل تأمل (قوله لا يشم) بفتح الياء والشين مضارع شممت الطيب بكسر الميم فى الماضى هى اللغة المشهورة الفصيحة كذا فى الفتح (قوله ان شم وردا) يعنى قصدا فلو وجد ريحه بلا قصد ووصلت الرائحة الى دماغه لم يحنث كما فى الفتح (قوله لانه اسم لما لا ساق له) كذا فى الهداية وقال الكمال وفى المغرب الريحان كل ما طاب ريحه من النبات وعند الفقهاء ما لساقه رائحة طيبة كما لورقه وقيل فى عرف اهل العراق اسم لما لا ساق له من البقول مما له رائحة مستلذة وقيل اسم لما ليس له شجر ذكره فى المبسوط ثم قال (لا) الكمال والذى يجب ان يعول عليه فى ديارنا اهدار ذلك كله لان الريحان متعارف لنوع وهو ريحان الحماحم واما كون الريحان الترنجى منه فيمكن ان لا يكون لانهم يلزمونه التقييد فيقال ريحان ترنجى وعندما يطلقون اسم الريحان لا يفهم منه الا الحماحم فلا يحنث الا بعين ذلك النوع اهـ وقال صاحب البحر ما قاله الكمال هو الواقع فى مصر

﴿ باب حلف القول ﴾

(قوله والمختار) هو الاول قال فى البرهان وهو الاظهر (قوله لان الاذن مشتق من الاذان) يريد به الاشتقاق الكبير

وكذا النبهرجة وقبض المستحقة ج ولا يرتفع برده البر المتحقق وكذا الوباع من الدائن عبدا بدينه وقبضه بر لان قضاء الدين طريقه المقاصة لان الديون تقضى بامثالها لا باعيانها وقد تحققت بالبيع فكانه شرط القبض ليتقرر القضاء به (ولو كان) ما قضاه (ستوقة او رصاصا او وهبه) اى الدائن الدين (له) اى للمديون (لا) اى لا يبر اما الستوقة والرصاص فلانهما ليسا من جنس الدراهم حتى لا يجوز التجوز بهما فى الصرف والسلم والامانة فلا تلزم المقاصة (وفى لا يقبض دينه درهما دون درهم لم يحنث حتى يقبض كله متفرقا غير ضرورى) يعنى اذا حلف لا يقبض دينه درهما دون درهم فقبض بعضه لم يحنث حتى يقبض كله متفرقا لان الشرط قبض الكل بوصف التفرق لانه اضاف القبض الى دين معرف بالاضافة الى نفسه فينصرف الى كله فلا يحنث الا به فان قبض دينه فى وزنتين لم يتشاغل بينهما الا بعمل الوزن لم يحنث لانه ليس بتفريق اذ قد يتعذر قبض الكل دفعة فى العادة فيكون هذا القدر مستثنى منه واليه اشار بقوله غير ضرورى (ولا فى ان كان لى الامانة فكذا ولم يملك الا خمسين) يعنى اذا قال ان كان لى الامانة درهم فكذا ولم يملك الا خمسين درهما لم يحنث لان المقصود منه عرفا نفى ما زاد على المائة وكذا اذا قال غير مائة او سوى مائة لان كلها اداة استثناء (ولا) اى لا يحنث (فى لا يشم ريحانا ان شم وردا او ياسمينا) لانه اسم لما لا ساق له ولما ساق (والبنفسج والورد يقع على الورق) حتى لو حلف لا يشترى بنفسجا او وردا فاشترى ورقهما يحنث ولو اشترى دهنهما لا يحنث لانهما يقعان على الورق لا الدهن فى عرفنا كذا فى الكافى

﴿ باب حلف القول ﴾

(حنث فى لا يكلمه ان كلمه نائما فايقظه) لانه كلمه واسمعه فيحنث ولو لم يوقظه ذكر القدورى انه ان كان بحيث يسمع لو لم يكن نائما واصغى اليه اذنه يحنث والمختار الاول (و) حنث (فى لا يكلمه الا باذنه ان اذن ولم يعلم فكلمه) لان الاذن مشتق من الاذان بمعنى الاعلام او من الوقوع فى الاذن وكل ذلك لا يتحقق الا بالسماع (و) حنث فى لا يكلم (صاحب هذا الثوب فباعه فكلمه) لان هذه الاضافة

لا تحتمل الا التعريف لان الانسان لا يعادى لمعنى فى الثوب ولا يحنث اذا كلم المشترى فيراد به الذات (و) حنث (فى لا يكلم هذا الشاب فكلمه شيخا) لان الحكم تعلق بالذات لان الصفة فى الحاضر لغو وهذه الصفة ليست بداعية الى اليمين لتعتبر كامر (و) حنث (فى هذا حر ان بعته او شريته ان عقد بالخيار) يعنى اذا قال لعبده هذا حر ان بعته فباعه على انه بالخيار يعتق لانه لم يخرج من ملكه وقد وجد الشرط فيه ولو قال لعبد الغير ان اشتريته فهو حر فشراه بالخيار يعتق اما عندهما فلانه دخل فى ملك المشترى واما عنده فلانه علق العتق بالشراء لا بالملك والمعلق بالشرط كالمنجز عند وقوعه فكأنه قال بعد الشراء بالخيار هو حر ومن اشترى عبدا بالخيار واعتقه بعد الشراء اسقط خياره وثبت الملك بمقتضى الاعتاق سابقا عليه كذا هنا بخلاف قوله ان ملكتك فأنت حر فاشتراه بالخيار لا يعتق لان شرط الحنث وهو الملك لم يوجد لان المشترى بالخيار لا يملكه عند ابى حنيفة فلم ينزل الجزاء وان باعه بيعا باتا لا يعتق لان البيع كما تم زال الملك والجزاء لا ينزل فى غير الملك (و) حنث (بالفاسد والموقوف) يعنى اذا حلف لا يبيع يحنث بالبيع الفاسد لوجود حده وهو التمليك والتملك من الجانبين (لا الباطل) لانتفاء حده (و) حنث (فى ان لم ابعه فكذا فأعتق او دبر) لوجود المعلق عليه (و) حنث بفعله و (فعل وكيله فى حلف النكاح والطلاق والخلع والعتق والكتابة والصلح عن دم عمد والهبة والصدقة والقرض والاستقراض) اقول عده الاستقراض ههنا مشكل لانهم صرحوا بان التوكيل بالاستقراض باطل فيجب ان لا يترتب عليه الحنث لان الباطل لا يترتب عليه الحكم (والايداع والاستيداع والاعارة والاستعارة والذبح وضرب العبد وقضاء الدين وقبضه والبناء والخياطة والكسوة والحمل) يعنى اذا قال ان تزوجت فكذا فان تزوج بنفسه او زوجه وكيله يحنث وكذا حال سائر الصور ووجهه ان الوكيل فيها سفير محض حتى ان الحقوق ترجع الى الآمر فكان الآمر فعل بنفسه (و) حنث (بفعله فقط) اى دون فعل وكيله (فى حلف البيع والشراء والاجارة والاستئجار والصلح عن مال والخصومة والقسمة وضرب الولد) وانت خبير بأن ماورد فى الاستقراض وارد ههنا فى ضرب الولد لان الضرب فعل حسى لا ينتقل من محل الى آخر الا اذا صح التوكيل وصحته فى الاموال فيصح بالنظر الى العبد ويبطل بالنظر الى الولد (ولا يحنث فى لا يتكلم فقرأ القرآن او سبح او هلل او كبر

(قوله وان باعه بيعا باتا لا يعتق) قال الزيلعى وينبغى ان تنحل اليمين لوجود الشرط وهو البيع حقيقة اه (قوله يعنى ان حلف لا يبيع يحنث بالبيع الفاسد) قاصر عن افادة المتن لانه شامل لما اذا كان الحالف هو المشترى ولما اذا حلف شخص انه لا يبيع ولا يشترى وقاصر عن شرحه صورة البيع الموقوف فنقول اذا كان البيع فاسدا وكان الحالف هو البائع ينظر ان كان العبد فى يد المشترى مضمونا عليه بمثل غصب لا يعتق لانه كما تم البيع يزول عن ملكه كالبيع الصحيح البات وينبغى ان تنحل اليمين لما قلنا فى الصحيح البات وان كان العبد فى يد البائع عتق لانه لا يزول ملكه قبل التسليم ولو كان المشترى ﴿ ٥٧ ﴾ هو الحالف بعتقه فاشتراه فاسدا وهو فى يده مضمون بمثل غصب يعتق لدخوله فى ملكه كما تم البيع والا فلا واذا كان البيع او الشراء موقوفا لصدوره من فضولى فيحنث به لوجود البيع حقيقة او وجود ركنه وشرطه ومحله وكذا حكما على سبيل التوقف كما فى التبيين (قوله او دبر) اى تدبيرا مطلقا (قوله لوجود المعلق عليه) هو عدم البيع او وقوع اليأس عنه بفوات المحلية فيحنث وهو الصحيح ولا يعتبر توهم منع اليأس بارتداد الامة وقضاء القاضى ببيع المدبر ولحوق العبد الذمى بدار الحرب كما فى الفتح (قوله وحنث بفعله وفعل وكيله) لو قال مأموره لكان اولى ليشمل رسوله لانه يحنث بالرسالة فى هذه الاشياء وكان يستغنى عن ايراد الاعتراض على التوكيل بالاستقراض (قوله ووجهه ان الوكيل فيها سفير محض حتى ان الحقوق ترجع الى الآمر) اى فيما له حق من الامور المذكورة وذلك لانها منقسمة الى ثلاثة انواع الاول ما ترجع حقوقه الى الآمر الثانى ما لا حقوق له اصلا الثالث ما هو من الافعال الحسية ذكره فى البحر ولو نوى المباشرة بنفسه فقط صدق قضاء وديانة فيما كان من الحسيات كالضرب والذبح وصدق ديانة فقط فيما كان من الحكميات كالتزوج والطلاق كما فى الفتح (قوله اى دون فعل وكيله فى حلف البيع الخ (درر ٨ نى) قال فى البرهان الا اذا نوى التوكيل ايضا لانه شدد الامر على نفسه او كان ذا سلطان لا يباشر هذه الامور بنفسه عادة فحينئذ يحنث بالتفويض فان كان يباشر تارة ويفوض اخرى يعتبر الغالب اه (قوله وضرب الولد) اى الصغير وقاله الكمال مقتضى عرفنا الحنث بالامر بضرب الولد يقال فلان ضرب ولده بأمر مؤدبه بذلك (قوله ولا يحنث فى لا يتكلم فقرأ القرآن او سبح او هلل او كبر فى صلاته) متفق عليه وهو استحسان والقياس الحنث

(قوله اوخارجها) غير ظاهر المذهب وهو قول شيخ الاسلام خواهر زاده كذا في البرهان واليه ذهب الصدر الشهيد والعتابي ذكره ابن الضياء وقال الكمال اختار المشايخ انه لا يحنث ايضا بجميع ذلك خارج الصلاة واختير للفتوى من غير تفصيل بين عقد اليمين بالعربية والفارسية لان مبنى الايمان على العرف المتأخر اهـ لكن نقل في البحر عن الواقعات ان المختار للفتوى ان اليمين ان كانت بالعربية لم يحنث بالقراءة في الصلاة ويحنث بالقراءة خارجها وان كانت بالفارسية لا يحنث مطلقا ثم قال صاحب البحر فقد اختلف الفتوى والافتاء بظاهر المذهب اولى اهـ قلت الاولوية غير ظاهرة لما ان مبنى الايمان على العرف المتأخر ولما علمت من اكثرية التصحيح له اهـ ونقل من تهذيب القلانسي انه لا يحنث بقراءة الكتب ظاهرا وباطنا في عرفنا اهـ (قوله الآن الغاية كحتى) انما قال ذلك لانها تخالف الشرطية لانه اذا مات زيد سقط الحلف في الغاية كقوله لا كلمه الآن يقدم زيد ولا يسقط الحلف في غيرها كقوله انت طالق الآن يقدم زيد فانه ان قدم فلان لا تطلق وان لم يقدم حتى مات فلان طلقت لانه لما تعذر الاستثناء لعدم المجانسة بين الطلاق والقدوم كان حملها على الشرط اولى من حملها على الغاية لان الطلاق لا يحتمل التأقيت كما في التبيين (قوله ان اشار وزالت اضافته جواب الشرط غير ثابت فيما رأيته من النسخ ولا بد منه وهو كما قال في الكنز وفعل لا يحنث (قوله لان اليمين عقدت على عين الخ) تعليل لعدم الحنث المستفاد من جواب الشرط الذي ذكرنا انه محذوف من النسخة (قوله وفي غيره اي في غير المشار اليه الخ) هذا اذا لم تكن له نية واما اذا نوى فعلى مانوى لانه نوى محتمل كلامه كما في التبيين (قوله حين وزمان بلا نية نصف سنة) (كلامه) قال الكمال ويعتبر ابتداؤها من وقت اليمين بخلاف لاصوص حينا اوزمانا كان له ان يعين اي ستة اشهر شاء اهـ

في صلاته اوخارجها) عندنا لانه لا يسمى متكلما عرفا وشرعا وعند الشافعي يحنث وهو القياس (يوم اكلمه) يقع (على الملوين) يعني اذا قال لعبده انت حر يوم اكلم فلانا يقع على الليل والنهار لان اليوم اذا قرن بفعل غير ممتد يراد به مطلق الوقت (وصح نية النهار لانه مستعمل فيه ايضا عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف لا يصدق قضاء لكونه خلاف المتعارف (وليلة اكلمه) يقع (على الليل خاصة) لان الليل لا يستعمل في مطلق الوقت (الآن) اي لفظ الآن للغاية كحتى في لا كلمه الآن يقدم زيد او حتى يقدم يحنث ان كلمه قبل قدومه والا لغا ضرب المدة (لا يكلم عبده) اي اذا قال لا يكلم عبد فلان (او لا يلبس ثوبه او لا يدخل داره او لا يأكل طعامه او لا يركب دابته ان اشار) الى المضاف بأن قال عبده هذا مثلا (وزالت اضافته) بان اخرجه من ملكه (لا يحنث) لان اليمين عقدت على عين مضاف الى فلان اضافة ملك فلا تبقى اليمين بعد زوال الملك كما اذا لم يشر لان هذه الاعيان لا يقصد هجرانها لذواتها بل لاذى من ملاكها واليمين تنعقد بمقصود الحالف فصار كأنه قال مادام لفلان (كالمتجدد) يعني لا يحنث ان تجدد الملك في هذه الاشياء اجماعا بان اشترى فلان عبدا او ثوبا آخر او دارا او دابة اخرى (وان لم يشر) اي اضاف الى فلان ولم يشر الى المضاف (لا يحنث بعد الزوال) اي زوال الاضافة لانه عقد يمينه على فعل واقع في محل مضاف الى فلان ولم يوجد فلا يحنث (ويحنث بالمتجدد) اي يحنث بالفعل في المتجدد ملكا لان اللفظ مطلق فيجرى على اطلاقه (وفي الصديق والزوجة يحنث في المشار اليه بعد الزوال) اي لو حلف لا يكلم صديق فلان هذا او زوجة فلان هذه فكلم بعد زوال الصداقة والزوجية يحنث اجماعا لان الحر مقصود بالهجران فكانت الاضافة للتعريف المحض والداعي لمعنى في المضاف اليه غير ظاهر لانه لم يعين اي لم يقل لا اكلم صديق فلان لان فلانا عدولي فلا يشترط دوامها بخلاف مامر آنفا لان تلك الاعيان لا تهجر لذواتها اما غير العبد فظاهر وكذا العبد على ظاهر الرواية لانه لخسته وسقوط منزلته الحق بالجمادات فكانت الاضافة معتبرة فلا يحنث بعد زوالها (وفي غيره) اي المشار اليه بان قال لا اكلم صديق فلان او زوجة فلان فزالت النسبة بان عادى صديقه او ابان امرأته فكلم (لا) اي لا يحنث لان مجرد هجران الحر لغيره محتمل فاذا ترك الاشارة اليه دل ذلك على المحتمل اذ لو كان لعينه لعينه فلا يحنث بعد زوال الاضافة مع وجود هذا الاحتمال (حين وزمان بلا نية نصف سنة نكرا او عرف) لان الحين يراد به الزمان القليل قال الله تعالى فسبحان الله حين تمسون الآية وقد يراد به اربعون سنة قال الله تعالى هل اتى على الانسان حين من الدهر وقد يراد به ستة اشهر قال الله تعالى تؤتى اكلها كل حين فسره ابن عباس رضي الله عنهما بستة اشهر وهذا وسط فينصرف اليه والزمان يستعمل استعمال الحين (وبها) اي بالنية (مانوى) لانه نوى حقيقة

كلامه (ودهر لم يدر) قال ابو حنيفة رحمه الله تعالى الدهر منكر الادرى ما هو اى باى شئ يقدر وعندهما نصف سنة كحين وزمان (والدهر) معرفا يراد به (الابد) عرفا (وايام) حال كونهما (منكرة ثلاثة) لانه جمع ذكر منكرا فيتناول اقل وهو الثلاثة (وايام كثيرة والايام والشهور عشرة) يعني اذا قال لعبده ان خدمتني اياما كثيرة فانت حر فهي عند ابي حنيفة عشرة ايام لانها اكثر ما يتناوله اسم الايام وقالا سبعة ايام وان حلف لا يكلمه الايام فعلى عشرة عنده وعندهما على ايام الاسبوع وان حلف لا يكلمه الشهور فعلى عشرة اشهر عنده وعلى اثنى عشر شهرا عندهما لان اللام للمعهود وهو ما ذكر لانه يدور عليها وله انه جمع معرف فينصرف الى اقصى ما يذكر بلفظ الجمع وهو عشرة (قال اول عبد اشتريه حر فاشترى عبدا عتق) اذ لا يحتاج اوليته الى شراء عبد آخر (ولو) اشترى (عبدين ثم آخر فلا) اى لا يعتق واحد منهم (اصلا) لان اول فرد لا يكون غيره سابقا عليه ولا مقارنا له ولم يوجد (فان ضم وحده عتق الثالث) لوجود الاولية فيه (وفي آخر عبده) اى اذا قال آخر عبد اشتريه حر (ان مات) الحالف (بعد شراء عبد لا يعتق) لان الآخر لا بد له من الاول ولم يوجد (وان شرى) عبدا (آخر ثم مات عتق) الآخر اتفاقا (يوم شرى من الكل) عنده وعندهما يوم مات من الثلث لان الآخرية تحققت بالموت فيعتق عند الموت فيكون من الثلث وله ان كونه آخرا عند الشرا يتبين بالموت فيعتق من ذلك الوقت (وبكل عبد بشرني بكذا فهو حر عتق اول ثلاثة بشروه متفرقين) لان البشارة اسم لخبر يغير بشرة الوجه ويشرط كونه سارا بالعرف وهذا انما يتحقق من الاول (و) عتق (الكل ان بشروه معا) لانها تحققت من الكل (صح شراء ابيه للكفارة) يعني ان اشترى اباه ينوى عن كفارة يمينه اجزأه

(قوله ودهر لم يدر) يعني اذا لم تكن له نية كما في البرهان اه فان قيل ذكر في الجامع الكبير اجمعوا انه لو قال ان كلمته دهورا او شهورا او سنينا او جمعا او اياما يقع ثلاثة من هذه المذكورات فكيف قال ابو حنيفة لا ادرى الدهر قلنا هذا تفريع لمسئلة الدهر على قول من يعرف الدهر كما فرع مسائل المزارعة على قول من يرى جوازها قاله ابن الضياء رحمه الله تعالى اه ونقل التوقف عن الائمة الاربعة بل من النبي صلى الله عليه وسلم وجبريل عليه السلام واقدا حسن شيخ الاسلام برهان الدين بن ابي شريف حيث قال حل الامام اباحنيفة دينه ان قال لا ادرى لتسعة اسئلة اطفال اهل الشرك اين محلهم وهل الملائكة الكرام مفضلة ام انبياء الله ثم العجب من جلالة انى يطيب الاكل له والدهر مع وقت الختان وكلبهم وصف المعلم اى وقت حصله والحكم من خنثى اذا ما بال من فرجيه مع سؤر الحمار استشكاله واجاز نقش الجدار لمسجد من وقفه ام لم يجز ان يفعله انتهى كذا نقلته من خط استاذى شيخ الاسلام محمد المحبي امتع الله بحياته اه قلت ولا يخفى ان الدهر في كلام هذا الناظم معرف وهو لم يتوقف فيه الامام الاعظم بل في المنكر اه وقال صاحب البحر توقف الامام ابو حنيفة رحمه الله تعالى في اربع عشرة مسئلة كما في السراج الوهاج اه (قوله وايام حال كونها منكرة ثلاثة) هو الصحيح كما في الجامع الكبير وذكر في الاصل انه يقع على عشرة ايام قال في البرهان واكثر مشايخنا على انه غلط والصحيح ما ذكر في الجامع (قوله والايام والشهور عشرة) كذا السنون والجمع والدهور والازمنة بالتعريف عشرة من كل حتى يلزمه في الازمنة خمس سنين لان كل زمان ستة اشهر عند عدم النية عنده وعندهما وقال في الايام ينصرف الى ايام الاسبوع وفي الشهور الى اثنى عشر شهرا وفيما بقى الى جميع العمر وهو الابد كذا في الفتح (قوله فان ضم وحده عتق الثالث) احترز به عما لو قال واحدا فانه لا يعتق والفرق بينهما ان وحده يقتضى الانفراد في الفعل المقرون به ونفى مشاركة الغير اياه في ذلك الفعل ولا يقتضى الانفراد في الذات وواحدا يقتضى الانفراد في الذات وتأكيد الموجب فلم يتعلق الحكم به فلم يعتق الا اذا نوى معنى التوحد في حالة الشراء وتمامه في التبيين والفتح وقال صاحب البحر واذا كان مجرورا فهو صفة للعبد فهو كوحده اه (قوله وفي آخر عبد) لم يذكر حكم الوسط ولا يكون الا في وتر لا شفع فاذا اشترى عبدا ثم عبدا ثم عبدا فالثاني وسط فاذا اشترى رابعا خرج من الوسط فاذا اشترى خامسا صار الثالث وسطا وهكذا كما في البحر من البدائع (قوله يوم شرى من الكل عنده) يعني ان كان شراؤه في صحته كما في التبيين (قوله متفرقين) كذا في الهداية وقال الكمال اى متعاقبين اه ولو كتب احدهم اليه كتابا بالبشارة يعتق الا اذا نوى المشافهة واو ارسل اليه رسولا يعتق في البشارة والخبر بخلاف الحديث لا يحنث الا بالمشافهة ويشترط الصدق في البشارة وفي ان اخبرني بقدوم زيد بخلاف من اخبرني ان فلانا قدم فانه ينطلق على الكذب والصدق كذا في البحر (قوله صح شراء ابيه للكفارة) اشار به الى انه لا يجزيه عنها بالارث لانه تثبت فيه الملك بلا اختيار فلا تتصور النية فيه اه ويجزيه عن الكفارة اذا نواه عنها عند قبوله بهبة او وصية او صدقة لسبق النية مختارا في السبب كما نص عليه في الفتح

وكذا ابنه خلافا لزفر والشافعي (لا) شراء (من حلف بعتقه) يعني اذا قال ان اشتريت هذا العبد فهو حر فاشتراه ينوي به كفارة يمينه لم يجزئه لان الشرط قران النية بعلة العتق وهي اليمين واما الشراء فشرطه مفقود فان العتق عند الشراء انما يضاف الى اليمين السابقة ولم توجد نية الكفارة وقت اليمين (ولا) شراء (مستولدة بنكاح علق عتقها عن كفارته بشرائها) يعني قال لامة قد استولدها بالنكاح ان اشتريتك فانت حرة عن كفارة يميني ثم اشتراها فانها تعتق لوجود الشرط ولا تجزيه من الكفارة لان حريتها مستحقة بالاستيلاد فلا تضاف الى اليمين من كل وجه بخلاف ما اذا قال لقنة ان اشتريتك فانت حرة عن كفارة يميني حيث يجزيه عتقها اذا اشتراها لان حريتها غير مستندة الى امر آخر وقد قارنته النية (وبان تسريت امة فهي حرة تعتق من تسراها وهي ملكه حينئذ) لان اليمين انعقدت في حقها لمصادفتها الملك (لا من شراها فتسراها) فانها لا تعتق وقال زفر تعتق لان التسري لا يكون الا في الملك فكان ذكره ذكرا للملك دلالة او اضمارا لانه لا يقول بالاقتضاء ولنا ان الملك يصير مذكورا ضرورة التسري فيتقدر بقدره فلا يظهر في حق صحة الجزاء وهو الحرية (و) يعتق (بكل مملوك لي حر امهات اولاده ومدبروه وعبيده) لوجود الاضافة المطلقة فيهم لثبوت الملك فيهم رقبة ويدا (لا مكاتبوه الا بنيتهم) لعدم ثبوت الملك يدا ولهذا لا يملك اكسابه ولا يحل له وطء مكاتبته (و) يعتق (بهذا حر او هذا وهذا لعبيده) الثلاثة (ثالثهم) في الحال (وخير في الاولين) لان سوق كلامه لايجاب العتق في احد الاولين وتشريك الثالث له فيما سيق له الكلام كاحدهما آخر وهذا فالمعطوف عليه هو المأخوذ من صدر الكلام لا احد المذكورين بالتعيين وههنا مباحث شريفة ذكرناها في مرقاة الاصول (كالطلاق) يعني اذا قال لنسوة له هذه طالق او هذه وهذه طلقت الاخيرة وخير في الاولين (والاقرار) يعني اذا قال لفلان علي الف درهم او لفلان وفلان كان للآخير خمسمائة وخمسمائة بين الاولين (ولام تعلق) مبتدأ خبره قوله الآتي اقتضى (بفعل يقبل نيابة الغير كبيع وشراء واجارة وخياطة وصياغة وبناء اقتضى) اي اللام (امره) اي امر ذلك الغير للمتكلم (ليخصه) اي لتفيد اللام اختصاص ذلك الفعل (به) اي بذلك الغير لان وضع اللام للاختصاص وهو لا يتحقق هنا الا بالامر المفيد للتوكيل (فلم يحنث في ان بعت لك ثوبا ان باعه بلا امره) لانتفاء التوكيل

والتبيين وقد ذكره صاحب البحر بحثا ثم قال ولم اره منقولا صريحا لكنه زاد في بحثه ما اذا جعل مهرا جزاه الله عن سعيه المشكور خيرا اه ولا يخفى انه اذا جعل بدلا من خلع او صلحا عن دم ونحوه يكون كذلك مجزيا بالنية عنده قوله (قوله وكذا ابنه) لو قال وكذا كل قريب محرم لكان اولى لشموله (قوله لان الشرط قران النية بعلة العتق وهي اليمين) اي ولم يوجد حتى لو اقترنت النية به بان قال ان اشتريتك فانت حر عن كفارة يميني فاشتراه جاز عنها لاقتران النية بالعلة كما في التبيين وسيذكره المصنف (قوله واما الشراء فشرطه مفقود) لفظة مفقود زائدة يختل بها فهم الكلام (قوله وبان تسريت) التسري هنا تفعل

من السرية وهو اتخاذها والسرية بالضم اما بالاصالة ان كانت من السرور او من تغييرات النسب ان كانت من السر ومعنى التسري عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى ان يحصن الامة ويعدها للجماع افضى اليها بمائه او عزل عنها وعند ابي يوسف ان لا يعزل ماءه عنها فعرف انه لو وطئ امة له ولم يفعل ما ذكرنا من التحصين والاعداد لا يكون تسريا وان علقت منه فلا يحنث في حلفه لا يتسرى كما في الفتح (قوله لا من شراها فتسراها) يشير الى انه لو علق عتق غيرها او الطلاق بالتسري يحنث ذكره صاحب البحر آمرا بحفظه فانه غلط فيه بعض معاصريه (قوله لثبوت الملك فيهم) اي كلا رقبة ويدا ولو نوى الذكور دون الاناث صدق ديانة لا قضاء ولو نوى السود دون غيرهم او النساء دون الذكور لا يصدق اصلا ولو قال لم انو المدبرين في رواية يصدق ديانة لا قضاء وفي رواية لا يصدق اصلا كذا في الفتح (قوله لا مكاتبوه الا بنيتهم) كذا معتق البعض عند ابي حنيفة كما في الفتح والتبيين (قوله طلقت الاخيرة وخير في الاولين) اشار بان هذا اذا لم يذكر للثاني والثالث خبرا فان ذكر له خبرا بان قال هذه طالق او هذه وهذه طالقان او هذا حر وهذا وهذا حران فانه لا يعتق احد ولا تطلق بل يخيران فان اختار الايجاب الاول عتق الاول وحده وطلقت الاولى وحدها وان اختار الايجاب الثاني عتق الاخيران وطلقت (سواء) الاخيرتان كذا في التبيين (قوله وخمسمائة بين الاولين) يعني فيعينها لمن شاء منهما وهذا هو الصواب وعليه الفتوى خلافا لما قاله صاحب المغني من ان نصف الالف للاول والنصف الآخر للآخرين قاله الزيلعي (قوله لان وضع اللام للاختصاص) واقوى وجوهه الملك فاذا جاورت اللام الفعل اوجبت ملكه اي الفعل لا ملك العين وذا ان يفعله بامره لان نفع ذلك له حتى لو دس الحلوف عليه ثوبه في ثياب الحالف فباعه ولم يعلم لم يحنث لان تقدير الكلام ان بعت بوكالتك وامرك ولم يوجد كذا في البرهان

سواء (ملكه) اى المخاطب ذلك الثوب (اولا) بخلاف ما اذا قال ثوبا لك فانه يقتضى كونه ملكا له كما سيأتى (وان تعلق اللام) اى قارن (بعين او فعل لا يقبلها) اى النيابة (كاكل وشرب ودخول وضرب الولد) احتراز عن ضرب الغلام فانه يقبل نيابة الغير (اقتضى ملكه) اى ملك المخاطب لانه كمال الاختصاص (فحنث فى ان بعت ثوبا لك ان باعه) اى ثوبه (بلا امره) علم به البائع اولا بان اختلط المحلوف عليه ثوبه فى ثياب الحالف فباعه ولم يعلم هذا نظير التعليق بالعين واما نظير التعليق بفعل لا يقبل النيابة فنحو ان اكلت لك طعاما او شربت لك شرابا اقتضى ان يكون الطعام والشراب ملك المخاطب كما فى قوله ان اكلت طعاما لك او شربت شرابا لك فانه وان تعلق بالاكل صورة متعلق بالطعام معنى واما ضرب الولد فلا يتصور فيه حقيقة الملك بل يراد به الاختصاص (قالت) امرأة لزوجها (نكحت على امرأة فقال) الزوج (كل امرأة لى فكذا طلقت القائلة) لدخولها تحت كل امرأة (وصح نية غيرها) لانه انما قال هذا الكلام لارضائها ومراده غيرها لكنه خلاف الظاهر فيصدق ديانة لا قضاء

كتاب الحدود

(الحد) لغة المنع وشرعا (عقوبة مقدرة) خرج به التعزير اذ لا تقدير فيه اى ليس له قدر معين فان اكثره تسعة وثلاثون سوطا واقله ثلاثة كما سيأتى (تجب) اى على الامام اقامتها (حقا لله تعالى) فان المقصد الاصلى من شرعه الانزجار عما يتضرر به العباد خرج به القصاص لانه حق العبد (والزنا) الموجب للحد (وطء مكلف) خرج به وطء المجنون والصبى والوطء يتناول الايلاج المجرد عن الانزال فانه ليس بشرط ههنا كما فى الجنابة (فى قبل مشتهاة) خرج به وطء غير المشتهاة كصغيرة

(قوله هذا نظير التعليق بالعين) اى التعليق والاشارة لقوله متنا فحنث فى ان بعت ثوبا لك (قوله واما نظير التعليق بفعل لا يقبل النيابة الخ) تنصيص على انه لا فرق بين تقدم اللام على مفعول الفعل او تقدم مفعول الفعل عليها لان هذا الفعل اعنى الاكل والشرب والدخول وضرب الولد مما لا يملك بالعقد فوجب صرف اللام الى ما يملك وهو العين بخلاف الفصل الاول فان كل واحد منهما مما يملك فرجحنا بالقرب ثمة ولم يذكر المصنف ما لو نوى بأحدهما الآخر كما لو نوى بعت لك ثوبا بعت ثوبا لك او عكسه ويصدق ديانة وقضاء فيما فيه تغليظ عليه لا فيما فيه تخفيف لانه نوى ما يحتمله كلامه بتأخير اللام من محله فى الفصل الاول وبتقديمه على محله فى الفصل الثانى والكلام يحتمل التقديم والتأخير كذا فى البرهان وقال فى البحر لو نوى ما فيه تخفيف صدق ديانة لانه محتمل كلامه ولا يصدق قضاء والفرق بين الديانة والقضاء لا يتأتى فى اليمين بالله تعالى لان الكفارة لا مطالب لها اه (قوله وصح نية غيرها ديانة لا قضاء) وعن ابى يوسف انها لا تطلق قضاء ايضا لان كلامه خرج جوابا لها فتقيد بالكلام السابق وهو تزوج غيرها واختاره شمس الائمة السرخسى وكثير من المشايخ وقال قاضيخان به اخذ مشايخنا وذكر فى الغاية معزيا الى الذخيرة والاولى ان يحكم الحال ان جرى بينهما مشاجرة وخصومة تدل على غضبه يقع الطلاق عليها ايضا وان لم يكن كذلك لا يقع كذا فى البحر ﴿تنبيه﴾ من حلف القول لا أدعه يدخل البلد يبر فيه بالمنع قولا اطاعه او عصاه ولنا فيه رسالة والله الموفق بمنه وكرمه تم الى كتاب الايمان بفضل الملك المنان التأليف فى اواخر ربيع الثانى سنة اربع وثلاثين والف ختمت بخير وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم

كتاب الحدود

(قوله فان اكثره تسعة وثلاثون الخ) علة لعدم تقديره لان ما بين الاقل والاكثر ليس بمقدر ولانه يكون بغير الضرب كما فى البحر (قوله تجب اى على الامام اقامتها) يعنى بعد ثبوت السبب عند الحاكم وعليه ابتنى عدم جواز الشفاعة فيه فانه طلب ترك الواجب واما قبل الوصول الى الامام والثبوت عنده تجوز الشفاعة عند الرافع له الى الحاكم ليطلقه وممن قال به الزبير بن عوام وقال اذا بلغ الى الامام فلا عفا الله عنه ان عفا كذا فى الفتح (قوله فان المقصد الاصلى من شرعه الانزجار لا) يعنى الانزجار بعده لان التحقيق ان العلم بشرعية الحدود مانع قبل الفعل زاجر بعده يمنع من العود اليه وليس الحد كفارة للمعصية بل التوبة هى المسقطة عنه عذاب الآخرة كما فى الفتح (قوله خرج به القصاص لانه حق العبد) وكذا خرج به التعزير ايضا وان خرج بقيد التقدير (قوله والزنا) مقصور فى اللغة الفصحى لغة اهل الحجاز التى جاء بها القرآن قال الله تعالى ولا تقربوا الزنا ويمد فى لغة نجد كذا فى الفتح ثم هذا التعريف غير جامع اذ لا بد ان يكون من مسلم او ذمى ناطق بناطقة بدار نا تحت ولاية اهل العدل وان لا يظهر به جب او رتق بعد اقراره به كذا قيل وفيه تأمل لانه هذه شروط وهى زائدة من الحقيقة (قوله وطء مكلف) لا يشترط ان يكون بايلاجه فانه لو كان مستلقيا فأدخلت ذكره فى فرجها لزمهما الحد (قوله فى قبل مشتهاة الخ) قدم فى موجبات الغسل قيد الحياة متناولا ولم يذكر الاشتهاء هناك واكتفى به هنا لدلالة الاشتهاء على الحياة فكان ينبغى ان يذكره كذلك ثمة

لا نشتهى والميتة والبهائم فان وطئها لا يوجب الحد (خال عن ملك) اعم من ملك النكاح وملك اليمين (وشبهته) ويدخل فيه شبهة الاشتباه وسيأتى بيانها (عن طوع) خرج به زنا المكره فان الاكراه يسقط الحد وسيأتى تفصيله فى كتاب الاكراه هذا فى حق الرجل واما زنا المرأة فعبارة عن تمكينها لمثل هذا الفعل كذا فى النهاية (ويثبت) اى الزنا (بشهادة اربعة) من الرجال (فى مجلس) واحد حتى او شهدوا متفرقين لم تقبل ذكره الزيلعى (بالزنا) متعلق بالشهادة اى بشهادة ملتبسة بلفظ الزنا لانه الدال على الفعل الحرام او ما يفيد معناه وسيأتى بيانه (لا) بمجرد لفظ (الوطء او الجماع) فانه لا يفيد فائدته (فيسألهم الامام عنه ما هو) اى عن ماهيته فانه قد يطلق على كل وطء حرام وايضا اطلقه الشارع على غير هذا الفعل نحو العينان تزنيان (وكيف هو) فان الوطء قد يقع بلا التقاء الختانين (واين زنى) فان الزنا فى دار الحرب لا يوجب الحد (ومتى زنى) فان التقادم لا يوجب الحد (وبمن زنى) فانه قد يكون فى وطئها شبهة (فان بينوه وقالوا رأيناه وطئها فى فرجها كالميل فى المكحلة) بضمتين وعاء الكحل (وعدلوا سرا وعلنا) ولم يكتف بظاهر عدالتهم احتيالا للدرء (حكم) اى الامام (به) اى بثبوت الزنا (وباقرار العاقل البالغ) عطف على قوله بشهادة اشترط العقل والبلوغ اذ لا اعتبار لقول المجنون والصبى خصوصا فى وجوب الحد لا الاسلام لان الذمى يحد باقراره عندنا خلافا لمالك ولا الحرية لان اقرار العبد بالزنا يوجب الحد عليه مأذونا كان او محجورا خلافا لزفر (اربعا) اى اربع مرات عندنا وعند الشافعى يحد باقراره مرة كما فى سائر الحقوق (فى اربعة مجالس) من مجالس المقر لا الحاكم لقصة ماعز رضى الله عنه فانه صلى الله عليه وسلم اخر الاقامة عليه ان اقر اربع مرات فى اربعة مجالس فلو ظهر دونها لما اخرها لثبوت الوجوب (رده كل مرة الا) مرة (رابعة) فانه اذا اقر مرة رابعة قبله الامام (ثم سأله كامر) قيل الا فى السؤال عن متى لانه للاحتراز عن التقادم وهو يمنع الشهادة لا الاقرار وقيل يسأل عنه ايضا لاحتمال كونه فى الصبا (فان بينه ندب تلقينه رجوعه بلعلك لمست او قبلت او وطئت بشبهة فان رجع قبل حده او فى وسطه خلى والا حد وهو) اى حد الزنا نوعان احدهما (للمحصن) وثانيهما لغير المحصن والاحصان ايضا نوعان احدهما احصان الزنا وثانيهما احصان القذف وسيأتى فى حد القذف وقوله وهو للمحصن مبتدأ خبره قوله الآتى رجمه وبين المحصن على وجه يعلم منه احصان الزنا بقوله (اى الحر) فان الاحصان يطلق عليها قال الله تعالى ومن لم يستطع منكم طولا ان ينكح المحصنات اى الحرائر باجماع الامة (المكلف) اى العاقل البالغ فان غير المكلف ليس باهل للعقوبات (المسلم) لقوله صلى الله عليه وسلم من اشرك بالله فليس بمحصن (الواطئ بنكاح صحيح) هذا متضمن لشرطين النكاح والوطء به اشتراط الاول لان الاحصان يطلق عليه لقوله تعالى والمحصنات من النساء اى المنكوحات وقال تعالى فاذا

(قوله وشبهته) كذا فى نسخة وفى نسخة اخرى وشبهة بالتنكير وهو اولى لكونه اشمل منها معرفة بالاضافة الى الضمير الراجع للملك (قوله حتى او شهدوا متفرقين لم تقبل) يعنى متفرقين حال مجيئهم وشهادتهم ويحدون حد القذف كما فى الايضاح واما اذا حضروا فى مجلس واحد اى عند القاضى وجلسوا مجلس الشهود وقاموا الى القاضى واحدا بعد واحد فشهدوا قبلت شهادتهم لانه لا يمكن الشهادة دفعة واحدة كما فى السراج (قوله بلفظ الزنا لانه الدال على فعل الحرام) يعنى الدلالة بالوضع وينبغى ان يزاد ولانه غير محتمل بخلاف الوطء والجماع لانهما محتملان (قوله او ما يفيد معناه) عطف على بلفظ الزنا وينظر هل تقبل الشهادة المجردة عن لفظ الزنا مع لفظ يفيد معناه اولا فليحرر والمنصوص عليه لا تقبل (قوله اى عن ماهيته) اى حقيقته وهو ما تقدم تعريفه بقول المصنف الزنا وطء الخ (قوله وكيف هو فان الوطء يقع بلا التقاء الختانين) فيه تأمل فان التقاء الختانين وان لم يشترط لحقيقة الوطء لتصوره بدونهما فى الدبر لكن الكيف هو ان يكون طائعا او مكرها (قوله فان بينوه الخ) قال الكمال وبقى شرط آخر وهو ان يعلم ان الزنا حرام مع ذلك كله ونقل اجماع الفقهاء على اشتراط العلم بحرمته ثم قال الكمال فى شرح قوله وان وطئ جارية اخيه او عمه وينفى هذا يعنى الاشتراط مسئلة الحربى اذا دخل بأمان دار الاسلام فأسلم فزنى وقال ظننت انها حلال لى لا يلتفت اليه ويحد وان كان فعله اول يوم دخل الدار لان الزنا حرام فى الاديان والملل لا تختلف فى هذه المسئلة فكيف يقال اذا ادعى مسلم اصلى انه لا يعلم حرمة الزنا لا يحد لانتفاء شرط الحد اه (قوله المكحلة بضمتين) يعنى ضم الميم والحاء كما فى الفتح (قوله وعدلوا سرا) هو ان يبعث ورقة فيها اسماؤهم واسماء محالهم على وجه يتميز كل منهم لمن يعرفه فيكتب تحت اسمه هو عدل مقبول (احسن) الشهادة (قوله حكم به اى بثبوت الزنا) والمراد الحكم بموجب الزنا (قوله وعلنا) هو ان يجمع بين المعدل والشاهد فيقول هذا هو الذى عدلته كما فى الفتح (قوله وقيل يسأل عنه ايضا) هو الاصح كما فى شرح المجمع وغيره (قوله لان الاحصان يطلق عليها) اى المرأة المعلومة

من المقام (قوله فان ابوا او غابوا او ماتوا اسقط) كذا لو كان بعضهم كذلك فى ظاهر الرواية وكذا يسقط الحد باعتراض ما يخرج عن اهلية الشهادة كما لو ارتد أحدهم أو عمى أو خرس أو فسق أو قذف فحد لا فرق فى ذلك بين كونه قبل القضاء أو بعده وهذا اذا كان محصنا كاذكره وغيره يقام عليه الحد فى الموت والغيبة كذا فى الفتح وتمامه فى كتاب السرقة ان شاء الله تعالى. ذكر تتمة الكلام على هذا المحل فى كتاب السرقة ان شاء

احصن اي تزوجن واشتراط الثانى لقوله عليه الصلاة والسلام الثيب بالثيب والثيابة لا تكون بلا دخول وذا لا يكون على ماعليه اصل حال الآدمى من الحرية الا بالنكاح ويجب ان يعلم ان حصول الوطء بنكاح صحيح شرط لحصول صفة الاحصان ولا يجب بقاؤه لبقاء الاحصان حتى لو تزوج فى عمره مرة بنكاح صحيح ودخل بها ثم زال النكاح وبقى مجردا وزنى يجب عليه الرجم (وهما) اى والحال ان الزوجين (بصفة الاحصان) فالجملة حال عما فهم مما قبلها من الواطئ والموطوءة ونظيره لقيت زيدا راكبين وحاصله ان اشتراط صفة الاحصان فيهما عند الدخول حتى ان المماوكين اذا كان بينهما وطء بنكاح صحيح حال الرق ثم عتقا لم يكونا محصنين وكذا الكافران وكذا الحر اذا تزوج امة او صغيرة او مجنونة ووطئها وكذا المسلم اذا تزوج كتابية ووطئها وكذا لو كان الزوج موصوفا باحدى هذه الصفات وهى حرة عاقلة بالغة مسلمة بان اسلمت قبل ان يطأها الزوج ثم وطئها الزوج الكافر قبل ان يفرق بينهما فانها لا تكون محصنة بهذا الدخول لان الدخول انما شرط لكونه مشبعا عن الحرام وانما يكون مشبعا اذا خلا عما يحل بالرغبة كالصبا والجنون والرق والكفر (رجمه قضاء حتى يموت يبدأ به شهوده فان ابوا او غابوا او ماتوا سقط الحد ثم الامام ثم يرمى الناس وفى المقر بدا الامام ثم يرمى الناس وغسل وكفن وصلى عليه) وذكر النوع الثانى من حد الزنا بقوله (ولغير المحصن) حال كونه (حر اجلده مائة) لقوله تعالى الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة لكنه نسخ فى حق المحصن فبقى فى حق غيره معمولا به (وسطا) اى متوسطا بين المبرح وغير المؤلم لافضاء الاول الى الهلاك وخلو الثانى عن المقصود وهو الانزجار (بسوط لا عقدة له) لان عليا رضى الله عنه لما اراد ان يقيم الحد كسر عقدته (ونزع ثيابه) لانه ابلغ فى ايصال الالم اليه ومبنى هذا الحد على الشدة فى الضرب (الا الازار) لان فيه كشف العورة (ويفرق) الضرب (على بدنه) لان الجمع فى عضو واحد قد يفضى الى التلف وهذا الحد زاجر لا متلف (الا رأسه وفرجه ووجهه) لقوله صلى الله عليه وسلم للذى امره ان يضرب الحد اتق الوجه والمذاكير (قائما فى كل واحد) لان مبنى اقامة الحد على التشهير والقيام ابلغ فيه (بلا مد) قيل هو ان يلقى على الارض ويمد كما يفعل فى زماننا وقيل ان يمد السوط فيرفعه الضارب فوق رأسه وقيل ان يمده بعد ضربه وكل ذلك زيادة على المستحق فلا يفعل (وعبدا) عطف على قوله حرا (نصفها) وهو خمسون سوطا لقوله تعالى فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب نزلت فى حق الاماء (ولا يحده) اى العبد (سيده الا باذن الامام) لان الحد حق الله تعالى لان المقصود منه اخلاء العالم

الله تعالى (قوله بين المبرح وغير المؤلم) يعنى فيكون مؤلما ولو كان ضعيف الخلقة فخيف عليه الهلاك يجلد جلدا خفيفا يحتمله (قوله كسر عقدته) يعنى حلها او لينها بالدق اذا كان يابسا (قوله الا رأسه وفرجه ووجهه لقوله صلى الله عليه وسلم الخ) الدليل على بعض المدعى دون البعض وهو ضرب الرأس فكان ينبغى ان يقال كما فى الهداية بعد الحديث ولان الفرج مقتل ورأسه مجمع الحواس وكذا الوجه وهو مجمع المحاسن ايضا فلا يؤمن فوات شئ منها بالضرب وذلك اهلاك معنى اه قال الكمال وهذا من المصنف ظاهر فى القول بان العقل فى الرأس الا ان يؤول وهى مختلفة بين الاصوليين اه (قوله لان مبنى اقامة الحد على التشهير الخ) التشهير فى جميع الحدود وغير انه يزاد فى شهرته فى حق الرجل لانه لا يضره ذلك ويكتفى فى المرأة بالاخراج والاتيان بها الى مجمع الامام والناس خصوصا فى الرجم واما الجلد فقد قال تعالى وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين اى الزانية والزانى فاستحب ان يأمر الامام طائفة اى جماعة ان يحضروا اقامة الحد وقد اختلف فى هذه الطائفة فعن ابن عباس واحد وبه قال احمد وقال عطاء واسحق اثنان وقال الزهرى ثلاثة وقال الحسن البصرى عشرة وعن الشافعى ومالك اربعة كذا فى الفتح (قوله لقوله تعالى فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب) نزلت فى حق الاماء قال الكمال ولا فرق بين الذكر والانثى بتنقيح المناط فيرجع الى دلالة النص بناء على انه لا يشترط فى الدلالة اولوية المسكوت بالحكم من المذكور بل المساواة تكفى فيه (قوله ولا يحده سيده الا باذن الامام) شامل كل مالك لما قال الكمال واستثنى الشافعى من المولى ان يكون ذميا او مكاتبا او امرأة اه وينظر هل يعتد بالحد بلا اذن الامام اولا اه وقيد بالحد لان التعزير للسيد بلا اذن الامام لانه حق العبد كما فى البحر

من الفساد ولهذا لا يسقط باسقاط العبد فيستوفيه النائب من الشرع وهو الامام او نائبه بخلاف التعزير لانه حق العبد ولهذا يعزر الصبي وحق الشرع ساقط عنه (ولا ينزع ثيابها الا الفرو والحشو) لان في تجريدها كشف العورة والفرو والحشو يمنعان وصول الالم الى المضروب (وتحد جالسة) لانه استر لها (وجاز الحفر لها) للرجم لانه صلى الله عليه وسلم حفر للغامدية وعلي رضي الله عنه لشراحة وان ترك لا بأس لانه صلى الله عليه وسلم لم يأمر به وهي مستورة بثيابها (لاله) لانه صلى الله عليه وسلم لم يحفر لماعز (ولا يجمع في المحصن (بين جلد ورجم) لانه صلى الله عليه وسلم لم يجمع (ولا) في البكر بين (جلد ونفي) والشافعي يجمع بينهما فيجلد مائة ويغرب سنة لقوله صلى الله عليه وسلم البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام ولنا قوله تعالى فاجلدوا حيث لم يذكر التغريب والسكوت في موضع الحاجة الى البيان تمام البيان كما تقرر في الاصول وما رواه منسوخ (الا سياسة) فان الامام اذا راى فيه مصلحة غرب بقدر ما يرى لانه يفيد في بعض الاحوال (ويرجم مريض) محصن (زنى) لانه شرع اتلافا فلا يمنع بسبب المرض (ولا يجلد) مريض حده الجلد (حتى يبرأ) لانه شرع زاجرا لا متلفا والجلد في المرض ربما يكون متلفا (وحامل زنت) لا تحد حتى تضع لان فيه اضرارا بالولد الذي لم يجن والمخلوق من ماء الزنا محترم كغيره فان كان حدها الرجم (ترجم حين وضعت) لان التأخير لاجل الولد وقد خرج والمرض لا ينافي اقامة الرجم (و) ان كان حدها الجلد (تجلد بعد النفاس) لانه نوع مرض فينتظر البرء منه

باب وطء يوجب الحد او لا

(الشبهة دارئة للحد) لقوله صلى الله عليه وسلم ادرؤا الحدود بالشبهات ما استطعتم هذا حديث تلقته الامة بالقبول وانما اختلفوا في ثبوت الشبهة وحدها فيحتاج الى تحديدها وتنويعها فنقول الشبهة ما يشبه الثابت وليس بثابت وهي ثلاثة انواع احدها شبهة في الفعل وتسمى شبهة اشتباه (وهي) شبهة تثبت (في الفعل بظن غير الدليل) اي غير دليل الحل (دليلا) وهي تتحقق في حق من اشتبه عليه لا من لم يشتبه عليه ولا بد من الظن ليتحقق الاشتباه كقوم سقوا خمرا يحد من علم منهم انه خمر لا من لم يعلم (فلم يحد من ظن الحل) في ثمانية مواضع ذكرها بقوله (في وطء امة ابويه) فان اتصال الاملاك بين الاصول والفروع يفيد ظن ان للابن ولاية وطء جارية الاب كما في العكس (و) امة (امرأته) فان غنى الزوج بمال زوجته المستفاد من قوله تعالى ووجدك عائلا فاغنى اي بمال خديجة رضي الله عنها قد يورث شبهة ان مال الزوجة ملك الزوج (و) امة (سيده) فان احتياج العبيد الى اموال الموالي اذ ليس لهم مال ينتفعون به مع كمال الانبساط بين مماليك مولى واحد مع انهم معذورون بالجهل مظنة لاعتقادهم حل وطء اماء المولى (و) وطء (المرتهن) الامة (المرهونة) فان مالكية المرتهن المرهونة ملك يد يفيد ظن حل

(قوله لانه صلى الله عليه وسلم حفر للغامدية) اي الى ثندوتها والثندوة بضم الثاء المثلثة والهمزة مكان الواو وبفتحها مع الواو مفتوحة ثدي الرجل او لحم الثديين والدال مضمومة في الوجهين كما في الفتح ﴿ ٦٤ ﴾ (قوله لشراحة) اي الهمدانية بسكون الميم (قوله لانه صلى الله عليه وسلم لم يأمر به) كذا في الهداية والمراد انه لم يوجبه بناء على ان حقيقة الامر هو الايجاب وقال انه صلى الله عليه وسلم حفر للغامدية ومعلوم انه ليس المراد الا انه امر بذلك فيكون مجازا عن امر والا كانت مناقضة غريبة فان مثلها انما يقع عند بعد العهد اما معه في سطر واحد فغريب وهو هنا كذلك اها كذا في الفتح (قوله ولا يجمع بين جلد ورجم) قال الكمال واما جلد علي رضي الله عنه شراحة ثم رجمها فالانه لم يثبت عنده احصانها الا بعد جلدها او هو رأي لا يقاوم اجماع الصحابة ولا ما ذكرنا من رسول الله صلى الله عليه وسلم (قوله فان كان حدها الرجم ترجم حين وضعت) قال في البرهان وتأخيره اي الرجم الى استغناء الولد لعدم المربي له رواية عن ابي حنيفة والله اعلم

(باب وطء يوجب الحد او لا)

(قوله فلم يحد من ظن الحل) اي سواء كان الرجل او المرأة فانه يسقط الحد عنهما كما في البحر (قوله في ثمانية مواضع الزيادة عليها حاصلة بالنظر لتعدد الاصول (قوله في وطء امة ابويه) لو قال اصله وان علا لكان اولى لتناوله الاجداد والجدات (قوله وامة امرأته) قال الكمال ولا يحد قاذفه وكذا لا تحد الموطوءة لان الشبهة اذا تحققت في الفعل نفت الحد عن طرفيه اه ومتى ادعى شبهة بغير اكراه سقط الحد بمجرد دعواه ولا يسقط بدعوى الاكراه الا ان يقيم البينة كذا في البحر (قوله ووطء المرتهن الامة المرهونة) جعلها من قبيل شبه الفعل هو الاصح وهي رواية كتاب الحدود وفي رواية كتاب الرهن من شبه المحل كما في البرهان وقال في الهداية والمستعير للرهن في هذا بمنزلة المرتهن (وطء)

(قوله والمعتدة بثلاث) هذا اذا طلقها ثلاثا صريحا اما لو نواها بالكناية فوقعن فوطئها فى العدة وقال علمت انها حرام لا يحد لتحقق الاختلاف وهذا من قبيل الشبهة الحكمية وهذه يلغز بها فيقال مطلقة ثلاث وطئت فى العدة وقال علمت حرمتها ولا يحد وهى ما وقع الثلاث بها بالكناية كذا فى الفتح (قوله فلم يحد مطلقا بوطء امة ابنه) لو قال وان سفل لكان اولى لشموله امة ابنه ولم يلزم به العدد الستة والا فهى فى كلامه خمسة وقال النهاستة والحكم كذلك فى امة ولد ولده وان كان ولده حيا وان لم تكن له ولاية تملك ماله حال قيام ابنه كما فى الفتح (قوله فى ستة مواضع) ظاهره الحصر لمقام البيان وليس كذلك فان امة المكاتب والمأذون المستغرق والغنيمة بعد الاحراز وما الحق بها كذلك فى الحكم كما فى البحر وقال الكمال وينبغى ان يزاد جاريته التى هى اخته من الرضاع وجاريته قبل الاستبراء والزوجة التى حرمت بمصية فلا حد عليه ولا على قاذفه اه ﴿٦٥﴾ (قوله ووطء معتدة الكنايات) هذا بخلاف وطء المختلعة لانها ليست من ذوات الشبهة الحكمية واخطأ من بحث وقال ينبغى كونها من ذوات الشبهة الحكمية كذا فى الفتح (قوله ووطء البائع الامة المبيعة الخ) قيد بكونه قبل التسليم وهذا فى البيع الصحيح اما الفاسد فلا فرق بين كون الوطء قبل التسليم او بعده وكذا البيع بشرط الخيار سواء للبائع او المشترى كما فى البحر (قوله لا الاولى) اى شبهة الفعل يستثنى منه المطلقة ثلاثا اذا تقدم انها يثبت نسب ولدها لدون سنتين بلا دعوة ولا كثر بدعوة فكان مخصصا لهذا ويثبت ايضا النسب من زفت اليه وقيل هى زوجته بدعوته كما فى البحر عن التبيين (قوله وهو عالم به) يعنى ومع ذلك هو معتقد لحرمة الزنا كما سيأتى اذا او اعتقد الحل يجرى عليه احكام المرتدين فلينتبه له (قوله ولكن يوجع عقوبة ان علم بذلك) قال الكمال وهى اشد مايكون من التعزير سياسة وعليه المهر ايضا اه (قوله وعند غيره ان علم يحد) المراد بالغير صاحباه وبقولهما اخذ الفقيه ابو الليث ورجحه فى الواقعات وفى الخلاصة وعليه الفتوى كما فى البحر

وطء المرهونة (وبقاء اثر النكاح) وهو العدة لا يبعد ان يصير سببا لان يشتبه عليه حل وطء (المعتدة) اى معتدته (بثلاث و) المعتدة (بطلاق على مال و) المعتدة (باعتاق وهى ام ولده) اى والحال ان المعتدة ام ولده ولا حد فى هذه المواضع الثمانية ان قال الجانى ظننت انها تحل لى وان قال علمت انها حرام على وجب الحد وثانى انواع الشبهة شبهة فى المحل وتسمى شبهة حكمية (و) هى تثبت (فى المحل بقيام دليل مناف للحرمة ذاتا) اى اذا انظرنا الى الدليل مع قطع النظر عن المانع يكون منافيا للحرمة ولا يتوقف على ظن الجانى واعتقاده (فلم يحد) الجانى بهذه الشبهة (مطلقا) اى ولو قال علمت انها حرام على فى ستة مواضع ذكرها بقوله (بوطء امة ابنه) فان الدليل النافى للحرمة فيه قوله صلى الله عليه وسلم انت ومالك لابيك (و) بوطء (معتدة الكنايات) فان الدليل فيه قول بعض الصحابة ان الكنايات رواجع (و) وطء (البائع) الامة (المبيعة و) وطء (الزوج) الامة (الممهورة) اى التى جعلها صداقا لامرأة تزوجها (قبل تسليمهما) اى تسليم الاولى الى المشترى والثانية الى الزوجة فان كون المبيعة فى يد البائع بحيث لو هلكت انفسخ البيع دليل الملك فى الاولى وكون المهر صلة اى غير مقابل بمال دليل عدم زوال الملك فى الثانية (و) وطء (الشريك) اى احد الشريكين الجارية (المشتركة) فان الملك فى الجاهلية المشتركة دليل جواز الوطء (واذا ادعى النسب ثبت) اى النسب (هنا) اى فى شبهة المحل (لا الاولى) اى شبهة الفعل لان الفعل فى الاولى تمحض زنا وان سقط الحد لامر راجع اليه وهو اشتباه الامر عليه بخلاف الثانية وثالث انواع الشبهة شبهة العقد (و) هى تثبت (بالعقد) اى عقد النكاح (عنده) اى عند ابى حنيفة (فى وطء محرم نكحها) وان كان حرمته متفقا عليها او هو عالم به حيث لا حد عليه عنده ولكن يوجع عقوبة ان علم بذلك وعند غيره ان علم يحد والا فلا وسيأتى بيانه (وحد بوطء امة اخيه) او اخته (او عمه) او عمته وان قال ظننت انها تحل لى وكذا سائر المحارم سوى الاولاد اذ لا بسوطة له فى مال هؤلاء فلم

(قوله وسيأتى بيانه) لم يبينه فيما سيأتى جميعا بل لم يذكر هناك ماذكره هنا واحال هناك على ماهنا وبيانه ان العقد عندهما وعند من وافقهما لم يصادف محله يعنى بالنسبة الى هذا العاقد فيلغو كما اذا اضيف الى الذكور ولابى حنيفة رحمه الله ان العقد صادف محله يعنى محليتها لنفس العقد لا بالنظر الى خصوص العاقد لان محل التصرف مايقبل مقصوده والانثى من بنى آدم قابلة للتوالد والتناسل وهو المقصود وكان ينبغى ان ينعقد فى جميع الاحكام الا انه تقاعد عن افادة حقيقة الحل لدليل فيورث شبهة اه وقال فى البرهان عن صاحب الاسرار كلامهما اوضح اه وفى البزازية الفتوى على قولهما اه (قوله وان قال ظننت انها تحل لى) قال فى الفتح ومعنى هذا انه علم ان الزنا حرام لكنه ظن ان وطئه هذه ليس زنا محرما فلا يعارض ما فى المحيط من قوله شرط وجوب الحد ان يعلم ان الزنا حرام وانما يتفيه مسئلة الحربى اه وقد تقدمت

(قوله وجدها على فراشه) يعني ولو في ليلة مظلمة كما في الخانية (قوله بعد طول الصحبة) المسئلة مأخوذة من تقييد قاضيخان بقوله ولو امرأة قديمة اه وبنظر ماذا يكون به قدمها (قوله الا اذا دعاها فاجابته اجنبية) ظاهره انه لا فرق بين كون الداعي بصيرا او اعمى وفي الخانية ولو ان الاعمى دعا امرأته فاجابته غيرها فجامعها قال محمد عليه الحد ولو اجابته وقالت انا فلانة تعني امرأته فجامعها لا يحد لو كان بصيرا لا يصدق على ذلك اه فقد فرق بينهما (قوله وذمية زنى بها حربي) يريد به المستأمن (قوله وذمي زنى بحربية) اي مستأمنة (قوله ولا من وطئ اجنبية زفت الخ) قال الكمال الشبهة الثابتة فيها شبهة اشتباه عند طائفة من المشايخ ودفع بانه يثبت النسب من هذا الوطء ولا يثبت من الوطء عن شبهة الاشتباه نسب فالاوجه انه شبهة دليل ثم قال والحق انه شبهة اشتباه غير انه مستثنى من الحكم المترتب عليه ثبوت النسب للاجماع (قوله كما سبق) قد علمت ما في حوالته على هذا وايضا هذا مستدرك فلذا قال كما سبق (قوله والاحراق بالنار ليس بواجب) كذا قلنا ما قال في الفتح والذي يروى انه تذبح البهيمة وتحرق ﴿٦٦﴾ فذلك لقطع امتداد التحدث به كما رئيت فيتاذى الفاعل به وليس بواجب اه (قوله وان كانت مما يؤكل تذبح فتؤكل) قال الكمال ويضمن قيمتها عند ابي حنيفة ﴿تنبيه﴾ قال في السراج اتيان البهيمة الاصح عند اصحابنا جميعا ان يقبل فيه عدلان ولا يقبل فيه شهادة النساء (قوله او اتى في دبر) شامل دبر منكوحته واختلفوا في الشهادة على اللواطة فعند ابي حنيفة يكفي عدلان وعندهما لا بد من اربعة كالزنا وبه قال الشافعي كما في السراج (قوله فعند ابي حنيفة يعزر بامثال هذه الامور) قاله صدر الشريعة ويخالفه ما قال الكمال لا حد عليه عند ابي حنيفة ولكنه يعزر ويسجن حتى يموت او يتوب والحد المقدر شرعا ليس حكما له اه وما قاله صدر الشريعة مروي عن الصحابة وقال في شرح المجمع وما روي عن الصحابة فمحمول على السياسة اه ولذا قال الكمال لو اعتاد اللواطة سواء كان باجنبي او عبده او امته او زوجته بنكاح صحيح او فاسد قتله الامام محصنا كان او غير محصن سياسة اه ولكنه لا يكفر باستحلاله بمملوكته كذا في التاتارخانية (بمستأجرة) يعلم ولا يعلم واو مكن امرأته او امته من العبث بذكره فامنى فانه مكروه عند بعضهم ولا شيء عليه كما في السراج وقال الكمال الصحيح ان اللواطة ليست في الجنة اه (قوله او زنى في دار الحرب او البغي) يعني في غير معسكر الخليفة او امير المصر بان خرج من عسكر من له ولاية اقامة الحدود فدخل دار الحرب وزنى ثم عاد او كان مع امير سرية او امير عسكر فزنى ثمة او كان تاجرا او اسيرا اما لو زنى وهو مع عسكر من له ولاية اقامة الحد فانه يحد بخلاف امير العسكر او السرية لانه انما فوض لهما تدبير الحرب لا اقامة الحدود وولاية الامام منقطعة ثمة كما في الفتح (قوله ولا بزنا غير مكلف بمكلفة) كذا لا عقر عليه لانه لو لزمه لرجع به الولي عليها لامرها له بمطاوعتها له بخلاف ما لو زنى الصبي بصبية او بمكرهة فانه يجب عليه العقر كما في الفتح

(قول المحشي يعلم ولا يعلم) كذا بالاصل ولعل لفظه يعلم او لا يعلم وحرر معناه شرعا اه مصححه

يستند ظنه الى دليل فلم يعتبر (و) حد بوطء (اجنبية وجدها على فراشه) وقال حسبتها امرأتي اذ بعد طول الصحبة لا تشتبه عليه امرأته (ولو هو اعمى) لانه يقدر على التمييز بالحركات والهيئات الا اذا دعاها فاجابته اجنبية وقالت انا زوجتك فوطئها لان الاخبار دليل كذا في الكافي حتى اذا اجابت بالفعل ولم تقل ذلك فواقعها وجب عليه الحد كذا في الايضاح (وذمية) عطف على ضمير حد وجاز للفصل (زنى بها حربي وذمي زنى بحربية) لكون اهل الذمة مخاطبين بالعقوبات (لا الحربي والحربية) لانهم ليسوا بمخاطبين بها (ولا من وطئ اجنبية زفت اليه وقلن هي عرسك وعليه مهرها) قضى به عمر رضي الله عنه وبالعدة (ولا) من وطئ (محرما نكحها) عند ابي حنيفة فانه جعل العقد شبهة في درء الحد كما سبق (ولا) من وطئ (بهيمة) لانه ليس في معنى الزنا في كونه جناية ثم ان كانت مما لا يؤكل تذبح ثم تحرق بالنار ولا تحرق قبل الذبح وضمن الفاعل قيمة الدابة ان كانت لغيره لانها قتلت لاجله والاحراق بالنار ليس بواجب وانما يفعل لئلا يعير الرجل بها ان كانت باقية فينقطع التحدث به وان كانت مما يؤكل تذبح فتؤكل عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف تحرق (او اتى في دبر) عطف على وطئ فانه لا يحد عند ابي حنيفة وعندهما وعند الشافعي يحد لانه في معنى الزنا لانه قضاء الشهوة في محل مشتهى على سبيل الكمال على وجه تمحض حراما وله انه ليس بزنا فان الصحابة اختلفوا في موجبه من الاحراق وهدم الجدار عليه والتنكيس من محل مرتفع باتباع الاحجار فعند ابي حنيفة يعزر بامثال هذه الامور (او زنى في دار الحرب او) دار (البغي ثم خرج الينا) لانها لا تقام هناك بالحديث ولا بعد ما خرج لانها لم تنعقد موجبة فلا تنقلب موجبة (ولا بزنا غير مكلف بمكلفة مطلقا) اي لا على الفاعل ولا على المفعول به (وفي عكسه) بان زنى مكلف بغير مكلفة (حد هو فقط ولا بالزنا

بمستأجرته) اى للزنا بان استأجر امرأة ليزنى بها لا يحد عند ابى حنيفة وقالا حدا وهو قول الشافعى اذ ليس بينهما ملك ولا شبهة ملك فكان زنا محضا وله ما روى ان امرأة سألت رجلا مالا فأبى ان يعطيها حتى تمكنه من نفسها فدرأ عمر رضى الله عنه عنهما الحد وقال هذا مهرها (ولا) بالزنا (باكراه) سواء كان المكره زانيا او مزنية (ولا باقرار بالزنا اربع مرات (ان انكر الآخر) هذه المسئلة على وجهين احدهما ان يقر اربعا بالزنا بفلانة وقالت انه تزوجنى او اقرت اربعا بالزنا مع فلان تزوجنا لم يحدا وفاقا وثانيهما ان يقر اربعا انه زنى بفلانة فقالت ما زنى بى ولا اعرفه او اقرت اربعا بالزنا مع فلان وقال فلان ما زنيت بها ولا اعرفها لا يحد المقر عند ابى حنيفة (وفى قتل امة بزنا يجب الحد والقيمة (لانه جنى جنايتين فيترتب على كل منهما موجبها الحد بالزنا والقيمة بالقتل (والخليفة) اى الامام الذى ليس فوقه امام (لا يحد) لان الحد حق الله تعالى واقامته اليه دون غيره ولا يمكنه ان يقيمه على نفسه (ويقتص ويؤخذ بالمال) لانهما من حقوق العباد يستوفيه ولى الحق اما بتمكينه او بالاستعانة بمنعة المسلمين

باب شهادة الزنا والرجوع عنها

(شهد بحد متقادم بلا عذر) بان يكون قريبا من امامه بحيث يقدر على اقامة الشهادة بلا تأخير (لم تقبل) لان الشاهد فى الحدود مخير بين حسبتين اداء الشهادة والستر فالتأخير ان كان لاختيار الستر فالاقدام على الاداء بعده لسوء فى باطنه من حقد او عداوة حركته فيتهم فيها وان كان لا للستر يصير فاسقا آثما بخلاف الاقرار كما سيأتى (الا فى قذف) لان الدعوى فيه شرط فيحمل تأخيرهم على انعدام الدعوى فلا يوجب تفسيقهم (ويضمن السرقة) اى اذا شهد شهود السرقة بعد التقادم لا يحد السارق ويضمن ما سرق لان التقادم لا يضره لانه حق العبد (ولو اقر به) اى بالحد بعد التقادم (يحد) لانتفاء تهمة الحقد والعداوة (الا فى الشرب) كما سيأتى (وتقادمه) اى الشرب (بزوال الريح و) التقادم لغيره (بمضى شهر) هو الاصح وقيل ستة اشهر (شهدوا بزنا وهو غائبة حدو بسرقة من غائب لا) لان الدعوى تنعدم بالغيبة وهى شرط فى السرقة لا الزنا كما سيأتى (ولو اختلف اربعة فى زاويتى البيت او اقر بزنا وجهلها حد) اما الاول فمعناه ان يشهد كل من اثنين على الزنا فى زاوية والقياس انه لا يجب الحد لاختلاف المكان حقيقة وجه الاستحسان ان التوفيق ممكن بأن يكون ابتداء الفعل فى زاوية والانتهاء فى الاخرى بالاضطراب وفى الكافى هذا اذا كان البيت صغيرا بحيث يحتمل ذلك واما اذا كان كبيرا فلا واما الثانى فلان جهل المقر لا يدفع الحد اذ لو كانت امرأته او امته لم تخف عليه (وان شهدوا كذلك) اى شهدوا انه زنى بامرأة لا يعرفونها (او اختلفوا فى طوعها) اى شهد اثنان انه زنى بفلانة فاكرهها وآخران انها طاوعته (او) اختلفوا (فى بلد زناه) اى شهد اثنان انه بامرأة بالكوفة وآخران انه زنابها بالبصرة (او اتفق جنساه فى وقتة واختلفا فى بلده او شهدوا بزنا وهى بكر او هم فسقة او شهوده لى شهود لم يحد احد) اى لا المشهود عليهما ولا الشهود بسبب القذف (وان شهد

(قوله لم يجب الحد وفاقا) اى ويجب العقر كانت معترفة بأن لا مهر لها كما فى الفتح (قوله وفى قتل امة بزنا الخ) يشير الى انه يخالف ما لو اذهب عينيها به وفيه يجب عليه قيمتها ويسقط به الحد لان الملك يثبت فى الجثة العمياء وهى عين فأورث شبهة كما فى الهداية

باب شهادة الزنا والرجوع عنها

(قوله من شهد بحد) اى بموجب حد وقوله متقادم اى موجبه فاسناده الى الحد مجاز (قوله بأن يكون قريبا من امامه) قال الكمال ولا شك انه لا يتعين البعد عذرا بل يجب أن يكون كل من نحو مرض او خوف طريق ولو فى بعد يومين ونحوه من الاعذار التى يقررانها مانعة من المسار عذا (قوله لم يقبل) وحكى الحسن انهم يحدون وقال الكرخى الظاهر انهم لا يجب عليهم الحد (قوله ويضمن السرقة) اى المسروق (قوله بمضى شهر) هو الاصح وهذا اذا لم يكن بين القاضى وبينهم مسيرة شهر اما اذا كان فتقبل شهادتهم كما فى البرهان (قوله وقيل ستة اشهر) قال فى البرهان وقيل بنصف شهر او بما يراه القاضى (قوله شهدوا بزنا وهى غائبة) اى وهم يعرفونها اذ لا حد عليه بعدم معرفتها كما سيأتى (قوله وهى شرط فى السرقة) لكنه لو شهدوا على السرقة بدون الدعوى تقبل شهادتهما ويحبس السارق الى ان يجى المسروق منه كما فى البرهان (قوله وجه الاستحسان ان التوفيق ممكن) يعنى يمكن صيانة البينات عن التعطيل لا لايجاب الحد لانه غير مشروع لا مرنا باحتيال لدرئه كما فى البرهان

(قوله لانهم مانسبوا المشهود عليه بالزنا) ضمن نسبوا ومعنى رموا التعدية الزنا بالباء (قوله وان جاء الاصول الخ) انما لم تقبل

الاصول بعدهم) اى بعد الفروع اما عدم الحد فى الاول على المشهود عليه فلان الظاهر انه ازوجته اوامته واما عدمه على الشهود فلان اتفاقهم على النسبة الى الزنا بلفظ الشهادة اخرج كلامهم من ان يكون قذفا واما عدمه فى الثانى فلان الفعل المشهود به اذا كان واحدا فبعضهم كاذب لان الواحد لا يكون بطوعها وكرهها والافلا نصاب للشهادة على كل منهما واما عدمه على الشهود فلاتيانهم بلفظ الشهادة واما فى الثالث فلان الفعل الواحد لا يكون فى موضعين ولا يحد الشهود لما ذكر واما فى الرابع فلما فى الثالث واما فى الخامس فلان الزنا لا يتحقق مع البكارة فظهر كذبهم بيقين فلا يجب الحد عليهما لان قول هن حجة فى اسقاط الحد لا فى ايجابه ولا على الشهود لتكامل عددهم ولفظ الشهادة وكذا اذا شهدوا على رجل بالزنا وهو مجبوب فانه لا يحد لظهور كذبهم ولا الشهود لتكامل عددهم ولفظ الشهادة كما اذا شهدوا على امرأة بالزنا فوجدت رتقاء حيث لا حد عليها ولا عليهم واما السادس فلان الفاسق من اهل التحمل والاداء وان كان فى ادائه نوع قصور لتهمة الفسق ولهذا لو قضى القاضى بشهادته ينفذ عندنا فيثبت بشهادتهم الزنا من وجه باعتبار الاهلية دون وجه باعتبار القصور فيسقط الحد عن الشهود عليهما باعتبار عدم الثبوت ويسقط عن الشهود باعتبار الثبوت واما السابع فلان فى الشهادة على الشهادة زيادة الشبهة لان احتمال الكذب فيها فى موضعين فى شهادة الاصول وشهادة الفروع ولا يحد الفروع لانهم مانسبوا المشهود عليه بالزنا بل حكموا شهادة الاصول وانما ردت شهادتهم لنوع شبهة وهى كافية لدرء الحد لا لاثباته وان جاء الاصول وشهدوا على معاينة ذلك الزنا بعينه لم تقبل ولم يحدوا ايضا لان شهادتهم قد ردت فى تلك الحادثة من وجه برد شهادة الفروع لانهم قائمون مقامهم وشهادتهم كشهادتهم والشهادة فى حادثة اذا ردت لم تقبل فيها ابدا) فان شهدوا بالزنا حال كونهم (عميانا او محدودين فى قذف او ثلاثة) وقد وجب الاربعة (او) اربعة (احدهم محدود) فى قذف (اوعبدا اووجد كذا) اى محدودا فى قذف اوعبدا (بعد الحد حدوا) اى الشهود لا المشهود عليه وهو جواب لقوله فان شهدوا وانما خص الحد بهم لعدم اهلية الشهادة فيهم اوعدم النصاب فلا يثبت الزنا ويجب الحد لكونهم قذفة (وارش جرح جلده هدر) اى شهد الشهود بزنا والزانى غير محصن فجلد فجرحه الجلد ثم ظهر احدهم عبدا اومحدودا فى قذف فارش الجلد هدر عنده خلافا لهما (ودية رجمه فى بيت المال اى شهدوا والزانى محصن فرجم ثم ظهر احدهم عبدا اونحوه فدية الرجم فى بيت المال (واى رجع من الاربعة بعد رجم حد) اى حد الراجع فقد حد القذف خلافا لزفر (وغرم ربع الدية) خلافا للشافعى (وقبله) اى اى رجع منهم قبل الرجم (حدوا) اى حد جميع الشهود حد القذف لان كلامهم قذف فى الاصل وانما يصير شهادة باتصال القضاء به فاذا لم يتصل بقى قذفا فيحدون (لا شئ على خامس رجع) اذ بقى من يبقى بشهادتهم كل الحق وهو الاربعة (فان رجع آخر حدا وغرما الربع) اى ربع الدية اذ بقى ثلاثة ارباع الحق ببقاء الثلاثة المضى لانه لو اتصل به القضاء ولم يمض فرجع احدهم حدوا كما لو كان قبل القضاء لان الامضاء وهو الاستيفاء من القضاء فى الحدود (على)

شهادة الاصول بعد رد شهادة الفروع للشبهة المذكورة لدرء الحد فرد شهادة الفرع رد لشهادة الاصل للشبهة وفيه اشارة الى ان شهادة الاصول تقبل بعد رد شهادة الفروع فى غير الحدود لثبوت المال مع الشبهة دون الحد ولو ردت شهادة الاصل لا تقبل بعده شهادة الفرع فى كل شئ ان كان الرد لتهمة مع بقاء الاهلية وان ردت لعدم الاهلية كالرق والكفر تقبل شهادتهم بعد زوال المانع لثبوت الاهلية كما فى البحر عن التبيين (قوله احدهم محدود فى قذف اوعبد) كذا لو كان اعمى (قوله او وجد كذا الخ) كذا اذا وجد اعمى اوكافرا كما فى الفتح (قوله او حدوا) اى الشهود لا المشهود عليه وهو جواب لقوله فان شهدوا ولا يخفى ان نفى الحد عن المشهود عليه ظاهر فيما اذا فات شرط صحة الشهادة قبل امضاء الحد اما اذا مضى الحد ثم ظهر فوات الشرط كيف ينفى الحد عن المشهود عليه وقد حد فكان ينبغى ان يقول حد الشهود لا المشهود عليه قبل الامضاء وبعده الشهود (قوله ويجب الحد لكونهم قذفة) يعنى فيقام اذا طلبه المشهود عليه عند علمائنا الثلاثة كما فى التتارخانية (قوله فارش الجلد هدر عنده خلافا لهما) اى فيكون الارش عندهما فى بيت المال وكذا الخلاف فيما اذا مات من الجلد كما فى الفتح (قوله وقبله حدوا) اى ولو بعد القضاء قبل الامضاء (قوله وانما يصير شهادة باتصال القضاء به فاذا لم يتصل بقى قذفا) المراد بالقضاء القضاء

(قوله ضمن المزكى) التزكية ان يقول المزكى هم احرار مسلمون عدول اما لو اقتصر على هم عدول فلا ضمان عليه اذا ظهروا عبيدا اتفاقا كما في الفتح (قوله قالوا معناه اذا رجعوا عن التزكية وقالوا هم عبيد أو كفار) أى معنى الرجوع الموجب للضمان واحترز به عما لو قالوا اخطأنا في ذلك فانهم لا يضمنون اتفاقا وعما لو استمر المزكون على تزكيتهم قائلين هم احرار مسلمون فلا شئ عليهم اتفاقا ومعناه بعد ظهور كفرهم حكمهم بأنهم كانوا مسلمين وانما طرأ كفرهم كذا في الفتح اه وهذا ظاهر في ادعاء طريان الكفر لتصوره فقط الحكم في الرق (قوله وقيل هذا اذا قالوا تعمدنا بالتزكية الخ) ﴿٦٩﴾ في جعل هذا صورة اخرى للظهور نظر لانه لم يخرج عن الصورة الاولى اه وقد صور الكمال المسئلة على ثلاثة اوجه فيما اذا استمروا على تزكيتهم وفيما اذا قالوا اخطأنا ثم قال فلم يبق لصورة الرجوع الا ان يقولوا تعمدنا فقلنا هم احرار مسلمون مع علمنا بخلاف ذلك منهم ثم قال اذا عرف هذا فقول المصنف وقيل هذا اذا قالوا تعمدنا التزكية مع علمنا بحالهم ليس على ما ينبغي بعد قوله اذا رجعوا عن التزكية لانه يوهم ان في صورة الرجوع الخلافية قولين ان رجعوا بهذا الوجه او باعم منه وليس كذلك اه (قوله فرجم) بالبناء للفاعل وضميره الى الرجل في قوله فقتل من امر برجمه (قوله فشهد عليه) اى شهد عليه بالاحصان رجلان او رجل وامرأتان وكيفية الشهادة ان يقول الشهود تزوج امرأة وجامعها او باضعها ولو قالوا دخل بها يكفى عندهما وقال محمد لا يكفى ولا يثبت به احصانه لانه مشترك بين الوطء والزفاف والخلوة والزيارة فلا يثبت بالشك كلفظ القربان كذا في البحر وكلفظ الاتيان لانه ليس بصريح كما في الفتح (قوله او ولدت زوجته) قال الكمال والفرض انهما مقران بالولد اه

باب حد الشرب

(قوله واخذ ريحها) قيد بوجود الرائحة حال الشهادة عليه اذ لا بد منه كالشهادة عليه بالشرب وبوجدان الرائحة واذا شهدا بالشرب فقط يأمر القاضي باستنكاهه فيستنكهه ويخبره بان ريحها موجود كما في الفتح وان زالت لبعد الطريق لا بد فيه ان يشهدا بالشرب ويقولا اخذناه وريحها موجود كما في الفتح قوله والريح مؤنثة سماعا كذا في البحر (قوله وفي حق حرمة الاشربة ان يهذى) ظاهر فيما ليس محرما من الاشربة عنده واما المحرمة باصلها كيف يشترط الهذيان للحرمة وسيذكر المصنف في كتاب الاشربة ان الطريق المفضى الى السكر قد تكون حراما كما في الاربعة المحرمة اه فلا تتوقف الحرمة فيها على الهذيان فهو مخالف لكلامه هذا فتأمل (قوله وعندهما ان يهذى مطلقا) المراد به ان يكون غالب كلامه هذيانا فان كان نصفه مستقيما فليس بسكران فيكون حكمه حكم الصحاة في اقراره بالحدود وغير ذلك لان السكران في العرف من اختلط كلامه جده بهزله فلا يستقر على شئ واليه مال اكثر المشايخ واختاره للفتوى كذا في الفتح

على الشهادة لان كمال العدد ليس بشرط للبقاء بل بقى لكل رجل قسطه فصار عليها الربع وعلى كل واحد من الراجعين حد كامل لان الحد لا يتجزأ (ضمن المزكى دية المرجوم ان ظهروا عبيدا او كفارا) يعنى شهد اربعة على رجل بالزنا فزكوا فرجم فاذا الشهود كفار او عبيد فالدية على المزكين عنده وعندهما على بيت المال قالوا معناه اذا رجعوا عن التزكية وقالوا هم عبيد او كفار وقيل هذا اذا قالوا تعمدنا بالتزكية مع علمنا بحالهم (كما لو قتل من امر برجمه فظهروا كذلك) يعنى شهد اربعة على رجل بالزنا فامر القاضى برجمه فضرب رجل عنقه ولم يرجم ثم وجد الشهود عبيدا او كفارا فعلى القاتل الدية والقياس ان يجب القصاص لانه قتل نفسا معصومة بغير حق وجه الاستحسان ان القضاء صحيح ظاهرا وقت القتل فاورث شبهة بخلاف ما اذا قتله قبل القضاء لان الشهادة لم تصر حجة بعد وتجب الدية في ماله لانه عمد وسيأتى ان العواقل لا تعقل دم العمد (و) ضمن (بيت المال ان لم تزك فرجم) لانه امتثل امر الامام فنقل فعله اليه ولو باشر بنفسه تجب الدية في بيت المال كذا هذا (اقر شهود الزنا بنظرهم عمدا قبلت) لاباحة النظر لهم ضرورة تحمل الشهادة (زان انكر الاحصان) بعد وجود سائر الشرائط (فشهد عليه رجل وامرأتان اوولدت زوجته منه رجم) اما الاول ففيه خلاف زفر والشافعى فان زفر يقول انه شرط في معنى العلة فلا يقبل فيه شهادة النساء احتيالا للدرء والشافعى يجرى على اصله ان شهادتهن غير مقبولة في غير الاموال ولنا ان الاحصان عبارة عن الخصال الحميدة فانها مانعة من الزنا فلا يكون في معنى العلة لان ادنى درجات العلة ان تكون مفضية الى المعلول وهو فالمانع غير معقول

باب حد الشرب

(اذا شرب خمرا) جواب اذا قوله الآتى حد يعنى ان مجرد شرب الخمر (ولو) كانت قطرة واخذ ريحها وان زالت) اى ريحها (لبعد الطريق او سكر) عطف على شرب (وزال عقله) بحيث لا يميز بين الرجل والمرأة وهو عطف تفسيرى لقوله سكر فان المراد بالسكر عند ابى حنيفة في حق وجوب الحد هذا المعنى وفي حق حرمة الاشربة ان يهذى وعندهما ان يهذى مطلقا (بنبيذ) ونحوه من المسكرات غير

الخمر (واقربه) اى بشرب الخمر او السكر بغيرها (مرة او شهد به رجلان) لا رجل وامرأتان فانها لا تقبل فى الحدود (وعلم شربه طوعا) فان الشرب بالاكراه لا يوجب الحد (حد صاحيا) ليتأدب به وينزجر لان الظاهر انه لا يتألم حال السكر (ثمانين سوطا للحر ونصفها للعبد) لاجماع الصحابة رضوان الله عليهم (ينزع ثوبه) يعنى الا الازار (ويفرق على جلده كما فى الزنا) لما مرّ ثمة (وان اقربه) اى بشرب الخمر (او شهد عليه بعد زوال الريح) قيد لمجموع الاقرار والشهادة (او تقيأها) اى علم شربها بان تقيأها (او وجد ريحها منه) بلا اقرار او شهادة (او رجع عن اقرار شرب الخمر و) شرب (السكر) بفتحين عصير الرطب اذا اشتد وقيل هو كل شراب مسكر (او اقر سكران لا) اى لا يحد اما عدم الحد بعد زوال الريح فلان حد الشرب ثبت باجماع الصحابة رضى الله عنهم ولا اجماع الا برأى ابن مسعود وهو شرط قيام الرائحة واما عدمه بقيئها ووجدان ريحها فلان الرائحة محتملة وكذا الشرب قد يقع عن اكراه او اضطرار ولا يحد السكران حتى يعلم انه سكر من النبيذ وشربه طوعا لان السكر من المباح لا يوجب الحد كالبنج وابن الرماك وكذا شرب المكره لا يوجب الحد واما عدمه بالرجوع عن اقراره فلانه خالص حق الله تعالى فيعمل فيه الرجوع واما عدمه فى اقرار السكران فلزيادة احتمال الكذب فى اقراره فيحتال فى درئه لانه خالص حق الله تعالى بخلاف حد القذف لان فيه حق العبد والسكران فيه كالصاحى عقوبة عليه كما فى سائر تصرفاته (ولو ارتد) السكران زائل العقل (لا يحرم عرسه) لان الكفر من باب الاعتقاد ولا يتحقق مع زوال العقل (اقيم عليه بعض احد فهرب فشرب ثانيا يستأنف الحد كذا فى الزنا) لما سيأتى ان الحدود اذا كانت من جنس واحد تتداخل

باب حد القذف

(هو كحد الشرب كمية) اى عددا وهو ثمانون جلدة للحر ونصفها لغيره (وثبوتا) حيث يثبت كل منهما بشهادة رجلين ولا تقبل فيه شهادة النساء كما فى سائر الحدود (واذا قذف محصنا او محصنة) ولما كان معنى الاحصان ههنا مغاير المعنى الاحصان فى الزنا افسره بقوله (اى مكلفا) يعنى عاقلا بالغا وانما اشترط ذلك لان العار

(قوله واقربه) فيه اشارة الى الاخرس لا يحد باشارته بشربه كما لو شهدوا عليه به لم يتعرض المصنف لسؤال القاضى المقر عن الخمر ماهى وكيف شربها واين شرب وينبغى ذلك كما فى الشهادة ولكن فى قول المصنف وعلم شربه طوعا اشارة الى ذلك (قوله او السكر بغيرها) يعنى وريحها المنزل كما فى الخمر (قوله او شهد به رجلان) لم يذكر سؤال القاضى لهم وقال فى البحر عن قاضيخان يسألهم القاضى عن الخمر ماهى ثم سألهم كيف شرب لاحتمال الاكراه واين شرب لاحتمال انه شرب فى دار الحرب اه (قوله حد صاحيا) قال صاحب البحر بحثا منه ظاهره يفيد انه لا يكتفى بحده حال سكره لعدم فائدته اه وفيه تأمل (قوله ينزع ثوبه) اى الرجل (قوله لان السكر من المباح لا يوجب الحد كالبنج وابن الرماك كذا فى الهداية وقال المصنف فى كتاب الاشربة ﴿٧٠﴾ وهل يحد فى هذه الاشربة يعنى نبيذ العسل والتين والبر والشعير والذرة وان لم يطبخ قيل لا يحد قالوا الاصح انه يحد بلا تفصيل بين المطبوخ والنئ وكذا المتخذ من الالبان اذا اشتد اه وكذا نقله الكمال عن الهداية بعد ذكره لما هنا ثم قال وهو اى لزوم الحد قول محمد فقد صرح اى صاحب الهداية بان الملاق (قوله هنا لان السكر من المباح لا يوجب حدا غير المختار ورواية عبد العزيز عن ابى حنيفة وسفيان انهما سئلا فيمن شرب البنج فارتفع الى رأسه وطلق امرأته هل يقع قالا ان كان يعلمه حين شربه ماهو يقع اه كلام الكمال وقال قاضيخان الصحيح انه لا يقع على كل حال واذا سكر من البنج اختلفوا فى وجوب الحد عليه والصحيح انه لا يحد ولا يصح طلاقه ولا عتاقه ولا بيعه ولا نكاحه ولا اقراره ولا ردته اه (قوله لانه خالص حق الله تعالى) يشير الى انه لا يقطع باقراره بسرقة ويضمن المال صرح به فى البحر (قوله ولو ارتد السكران الخ) قال فى البحر وينبغى ان يصح اسلامه كالمكره اه ثم قال وفى فتح القدير ان اسلامه غير صحيح اه (قوله لان الكفر الخ) هذا قضاء اما ديانة فان كان فى الواقع قصد التكلم به ذاكر المعناه كفر والا فلا كما فى الفتح

﴿باب حد القذف﴾

القذف لغة (لا) الرمى بالشئ وشرعا الرمى بالزنا وهو من الكبائر باجماع الامة واستثنى منه الشافعية ما كان فى خلوة لعدم لحوق العار قال صاحب البحر وقواعدنا لا تأباه ونازعه اخوه الشيخ عمر فى النهر (قوله بشهادة رجلين) قال الكمال ويسألهما القاضى عن القذف ماهو وعن خصوص ما قال ولا بد من اتفاقهما على اللغة التى وقع القذف بها اذ لو اختلفوا فيها بطلت الشهادة وكذا الاتفاق على زمان القذف اه (قوله اذا قذف) اى ولم يقم بينة على صدق مقالته فان اقامها لم يحد اى القاذف وكذا المقذوف ان تقادم السبب كما فى البحر عن الظهيرية (قوله فسره بقوله اى مكلفا الخ) اسقط منه قيد الحرية ولا بد منه وقد ذكره فى الهداية ويشترط ايضا ان لا يكون مجبوبا ولا اخرس ولا خنثى مشكلا وان لا تكون المرأة رتقاء ولا خرساء

اذا المجبوب والرتقاء لا يحد قاذفهما لانهما وان صدق عليهما تعريف المحصن هنا لا يلحقهما العار بذلك لظهور كذبه بيقين والاخرس طلبه بالاشارة واعله لو كان ينطق لصدقه كذا فى البحر والمبسوط فليتنبه له (قوله لانتفاء الزنا منهما) يعنى الزنا المؤثم وفى البحر عن الظهيرية لو قذف مراهقا فادعى البلوغ بالسن او الاحتلام لم يحد القاذف بقوله اه فهذا يستثنى من قول ائمتنا او راهقا وقالا بلغنا صدقا واحكامهما احكام البالغين (قوله عفيفا عن الزنا) قال فى البرهان هو ان يكون معروفا بكف نفسه عن الزنا (قوله وعفته اعم من ان وطئ بنكاح صحيح اولا) يعنى اولا وطئ اصلا لا صحيحا ولا غيره لما قال الكمال وفى شرح الطحاوى فى العفة قال لم يكن وطئ امرأة بالزنا ولا بشبهة ولا بنكاح فاسد فى عمره فان كان فعل ذلك مرة يريد النكاح الفاسد سقطت عدالته ولا حد على قاذفه وكذا لو وطئ فى غير الملك او وطئ امة مشتركة سقطت عدالته وان وطئ مملوكته وحرمتها مؤقتة لا تسقط عدالته كما اذا وطئ امرأته فى الحيض او امته المجوسية وان كانت مؤبدة يسقط احصانه كامته وهى اخته رضاعا اه ويستفاد هذا من كلام المصنف آخر الباب اه ولم يصور الكمال بوطء المولى الامة التى زوجها وذلك لان ملك متعتها ليس الا لزوجها بخلاف المجوسية اذ حرمتها العارض فتمثيل الزيلعى بوطء امته المنكوحة فيما لا يسقط احصانه (٧١) مع قوله بعده لان ملك المتعة فيهن ثابت ينفى ذلك التصوير اذ لا ملك للمولى فى متعة امته التى زوجها فليتأمل ولو مس امرأة او نظر الى فرجها بشهوة فتزوج بنتها او امها ودخل بها لا يسقط احصانه عند ابى حنيفة وعندهما يسقط لتأبد الحرمة وله ان كثيرا من الفقهاء يجوزون نكاحها وانما قال بحرمتها احتياطا فهى حرمة ضعيفة لا ينتفى بها الاحصان الثابت بيقين بخلاف الحرمة الثابتة بزنا الاب فانها ثابتة بظاهر قوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء فلا يعتبر الخلاف فيها مع وجود النص (قوله بصريحه) اى من اى لسان كان كما فى البرهان ولو قال لرجل يا زانى فقال له غيره صدقت حد المبتدى دون المصدق ولو قال له صدقت هو كما قلت فهو قاذف ايضا ولو قال زنيت ببعير او ناقة او ما اشبهه لا حد عليه لانه نسبه لاتيان البهيمة وبه تبين ان حد القذف لا يجب مع التصريح بالزنا فى بعض المسائل لقرينة ويجب فى بعضها مع عدم التصريح مثل قوله فيما تقدم صدقت هو كما قلت فحينئذ يحتاج لضبط هذه المسئلة اه كذا فى البحر (قوله ونحوها) يعنى كقوله لامرأة زنيت بناقة او اتان او ثوب او دراهم فانه يحد لان معناه زنيت واخذت البدل ولو قال زنيت بحمار او بعير او ثور لا يحد لان الزنا ادخال رجل ذكره الخ كذا فى الفتح (قوله او زنأت فى الجبل) وكذا يحد لو قال على الجبل فى حالة الغضب وهو الاوجه وقيل لا يحد لان لفظه على تعين كون المراد الصعود كما فى الفتح (قوله او لست لابيك الخ) يعنى وام المقذوف محصنة لانه فى الحقيقة قذف لها وفى كلام المصنف اشارة الى انه لو نفاه عن امه او قال لست لابيك وامك او لست ابن فلان وفلانة وهما ابواه لا حد عليه مطلقا وبه صرح فى الفتح والبحر (قوله فى غضب متعلق بزنأت والمعطوفين بعده) اشتراط كونه فى غضب واضح فى الاولى والثالثة واما الثانية فقد ذكرها فى الهداية مطلقة عن التقييد بالغضب وقد حملها بعضهم عليه كالاتقانى وجزم به فى غاية البيان ولم يتعقبه الكمال وهو بعيد لما صرح به فى الكافى للحاكم الشهيد بقوله وان قال لرجل يا ولد الزنا او يا ابن الزنا ولست لابيك وامه حرة مسلمة فعليه الحد اه فقد سوى بين الالفاظ الثلاثة وصرح به فى قاضيخان قال لرجل لست لابيك عن ابى يوسف انه قذف كان ذلك فى غضب او رضا اه كذا فى البحر (قوله واشترط طلبه لان فيه حقه) يشير الى ان الاظهر ان الغالب فيه حق الله صرح به فى الهداية وسيأتى فى كلام المصنف

لا يلحق الصبى والمجنون لانتفاء الزنا منهما (مسلما) لقوله عليه الصلاة والسلام من اشرك بالله فليس بمحصن (عفيفا عن الزنا) فان غير العفيف لا يلحقه العار وايضا القاذف صادق فيه وعفته اعم من ان وطئ بنكاح صحيح اولا وبهذا التعميم يمتاز عن احصان الزنا (بصريحه) متعلق بقذف اى بصريح الزنا بان يقول زنيت او يا زانية او انت زانية ونحوها (او زنأت فى الجبل) معناه زنيت فانه يجئ مهموزا ايضا وعند محمد لا يحد لان المهموز هو الصعود او مشترك والشبهة دارئة قلنا حالة الغضب ترجح ذلك (او لست لابيك او لست بابن فلان ابيه) اى قال لست بابن زيد الذى هو ابو المقذوف فقوله ابيه لفظ المصنف (فى غضب) متعلق بزنأت والمعطوفين بعده ونفى البنوة فى غير الغضب يحتمل المعاتبة (حد) القاذف (بطلب المقذوف) المحصن واشترط طلبه لان فيه حقه من حيث دفع العار عنه (ولو) كان المقذوف (غائبا) عن مجلس القاذف (حالة القذف) ذكر هذا التعميم فى التتارخانية نقلا عن المضمرات ولا بد من حفظه فانه كثير الوقوع (بنزع الفرو والحشو فقط) متعلق بحد يعنى لا يجرد كما يجرد فى حد الزنا لان سببه غير مقطوع به لاحتمال كون القاذف صادقا لكن ينزع عنه الفرو والحشو لانه يمنع ايصال الالم اليه (لا بلست) اى لا يحد بقوله لست (بابن فلان جده) بالجر صفة فلان او بدل منه وانما لم يحد لانه صادق فى نفيه (ونسبته) اى ولا يحد ايضا بنسبته (اليه) اى جده (او الى خاله او عمه

اورابه) لان كلا منهم يسمى ابا وليس بأب حقيقة فلا حد فى نفيه (و) لا بقوله (يا ابن ماء السماء) فان فى ظاهره نفى كونه ابنا لابيه وليس المراد ذلك بل التشبيه فى الجود والسماحة والصفاء (و) لا (بقوله يا نبطى لعربى) فانهم جيل من الناس فى سواد العراق وقال ابن ابى ليلى هو قذف فيحد فيه لانه نسبه الى غير ابيه والحجة عليه ماروى عن ابن عباس رضى الله عنهما انه سئل عن رجل قال لرجل يا نبطى فقال لا حد عليه (ويطلب) عطف على يطلب المقذوف (من يقع القدح فى نسبه بقذف الميت يعنى لا يطالب بحد القذف للميت الا من يقع القدح فى نسبه بقذفه (كالوالد وان علا والولد وان سفل) لان العار يلحق بهم بسبب الجزئية فيتناولهم القذف معنى وعند الشافعى حد القذف يورث فيثبت لكل وارث حق المطالبة (ولو) كان الطالب (محروما) من الميراث بالقتل او الكفر او الرق فان المقذوف اذا كان محصنا جاز لابنه الكافر او العبد ان يطالب بالحد خلافا لمحمد ويثبت لولد الولد حال قيام الولد خلافا لزفر فيهما (او ولد بنت) فان له المطالبة لتحقق الجزئية وعند محمد لا يطالب الا من يرث بالعصوبة (قال يا ابن الزانيين وقد مات ابواه فعليه حد واحد) لان الغالب فى الحدود عندنا حق الله تعالى فتتداخل حتى لو قذف رجلا مرارا او جماعة كل واحد منهم لا يجب الا حد واحد كما يأتى حكى عن ابن ابى ليلى كان قاضيا بالكوفة فسمع يوما رجلا يقول عند باب مسجده لرجل يا ابن الزانيين فأمر باخذه فادخل المسجد فضربه حدين ثمانين ثمانين لقذفه الوالدين فبلغ ذلك اباحنيفة فقال يا للعجب من قاضى بلدنا قد اخطأ فى مسئلة واحدة من خمسة اوجه حده من غير خصومة المقذوف وضربه حدين ولا يجب عليه الا حد واحد ولو قذف الفا والى بين الحدين والواجب ان يفصل بينهما بيوم او اكثر وحده فى المسجد وقد قال عليه الصلاة والسلام جنبوا صبيانكم مساجدكم ومجانينكم وسل سيوفكم واقامة حدودكم والخامس ينبغى ان يكشف ان المقذوفين حيان او ميتان لتكون الخصومة اليهما او الى ولدهما وان اجتمعت على واحد اجناس مختلفة بان قذف وزنى وشرب وسرق يقام عليه الكل ولا يوالى بينها خيفة الهلاك بل ينتظر حتى يبرأ من الاول فيبدأ بحد القذف اولا لان فيه حق العبد ثم الامام بالخيار ان شاء بدأ بحد الزنا وان شاء بالقطع لاستوائهما فى القوة لثبوتهما بالكتاب ويؤخر حد الشرب لانه اضعف منهما ذكره الزيلعى (ولا يطالب احد) من العبيد (سيده ولا) احد من الاولاد (اباه بقذف امه) الحرة المسلمة لان المولى لا يعاقب بسبب عبده ولا الاب بسبب ابنه فلو كان لها ابن من غيره له الطلب لوجود السبب وانتفاء المانع (وليس فيه ارث) اى اذا مات المقذوف بطل الحد عندنا خلافا

(قوله او رابه) هو زوج امه (قوله لان كلا منهم يسمى ابا الخ) يشير الى انه لو نسبه الى غير هؤلاء فقال انت ابن فلان حد وهو استحسان نص عليه الكمال (قوله فلا حد فى نفيه) يعنى النفى الصريح فى قوله لست بابن فلان جده والنفى الضمنى فى نسبته لعمه وخاله (قوله ويطلب من يقع القدح فى نسبه بقذف الميت) يشير الى انه لو عفا بعضهم يكون لغيره اقامته لدفع العار عن نفسه وبه صرح الكمال (قوله جاز لابنه الكافر او العبد ان يطالب بالحد خلافا لمحمد) يخالفه ما فى السراج الوهاج وان كان المقذوف محصنا جاز لابنه الكافر والعبدان يطالب بالحد هذا قول اصحابنا الثلاثة وقال زفر ليس لهما ذلك اه وقال فى المجمع واجزنا طلب الابن الكافر والعبد بقذف الاب اه فلم يجعلا الخلاف مع محمد بل مع زفر رحمهم الله (قوله او ولد البنت) هو ظاهر الرواية كما فى الفتح (قوله وعند محمد لا يطالب الا من يرث بالعصوبة) كذا فى التحفة ويخالفه ما فى الهداية حيث قال ويثبت لولد البنت كما يثبت لولد الابن خلافا لمحمد اه قال الكمال وقوله خلافا لمحمد يعنى فى رواية ليست هى ظاهر الرواية عنه ثم قال فان قلت قد ظهر الاتفاق على ولاية مطالبة ولد الولد بقذف جده وجدته انما خالف زفر فى ذلك عند وجود الاقرب فاوجه ما فى فتاوى قاضيخان اذا قال جدك زان لا حد عليه قلنا ذلك للابهام لان فى اجداده من هو كافر فلا يكون قاذفا ما لم يعين مسلما بخلاف قوله انت ابن ابن الزانية لانه قاذف لجده الادنى فان كان او كانت محصنة حد (قوله والواجب ان يفصل بينهما) هذا على سبيل الفرض والتقدير يعنى لو لزمه حدان لوجب الفصل وليس المراد انه يقام عليه الحد هنا بعد الفصل فليتنبه له (قوله ذكره الزيلعى) يعنى ذكر ما نص عليه من قوله حكى الخ اما اصل المسئلة فمأخوذ مما حكى (قوله ولا احد من الاولاد اباه) لو قال اصله لكان اولى ليشمل الابوين والاجداد والجدات وقال فى البحر قيد بالقذف لانه لو شتم ولده فانه يعزر كما فى القنية اه ثم (للشافعى) قال صاحب البحر وفى نفسى منه شئ لتصريحهم بان الوالد لا يعاقب بسبب ولده فاذا كان القذف لا يوجب عليه شيأ فالشتم اولى اه (قوله وليس فيه ارث) يشير الى ان طلب الفرع بقذف اصله ميتا بالاصالة لا بالميراث كما فى البحر (قوله اى اذا مات المقذوف بطل الحد عندنا خلافا للشافعى الخ) ذهب صدر الاسلام ابو اليسر الى ان الغالب فيه حق العبد كقول الامام الشافعى رحمهما الله تعالى

للشافعي لان الارث يجرى في حقوق العباد وههنا حق الشرع غالب عندنا (ولا) فيه (رجوع) يعني من اقر بقذف ثم رجع لا يقبل لان للمقذوف فيه حقا فيكذبه في الرجوع بخلاف حدود هي خالص حق الله تعالى اذ لا مكذب له فيها (ولا اعتياض) اى اخذ عوض (عنه) لانه ايضا يجرى في حقوق العباد (قال) رجل (لآخر يازاني فرد) الآخر كلامه عليه بلا) اى بقوله لا (بل انت حدا) لان معناه لا بل انت زان (ولو قال لعرسه فردت به حدت ولا لعان) لان كلا منهما قذف الآخر وقذفه يوجب اللعان وقذفها يوجب الحد فيبدأ بالحد لان في بداءته فائدة ابطال اللعان لان المحدود في القذف ليس بأهل اللعان ولا ابطال في عكسه لان الملاعنة تحد حد القذف لان احصانه لا يبطل اللعان والمحدودة في القذف لا تلاعن لسقوط الشهادة فيحتال لدفع اللعان لانه في معنى الحد (و بزنيت بك هدر) يعني اذا قال لها يازانية فقالت زنيت بك فلا حد ولا لعان لوقوع الشك في كل منهما لاحتمال انها ارادت الزنا قبل النكاح فيجب الحد لا اللعان واحتمال انها ارادت زناي هو الذي كان معك بعد النكاح لاني ما مكنت احدا غيرك وهو المراد في مثل هذه الحالة وعلى هذا يجب اللعان لا الحد او جود القذف منه لا منها فجاء الشك (اقر بولد فنفى لاعن وان عكس (حد) لان النسب يثبت باقراره ثم بالنفي صار قاذفا فوجب اللعان واذا نفاه ثم اقر فقد كذب نفسه فوجب الحد (والولد ان) يعني ولدا اقر به ثم نفاه وولد نفاه ثم اقر به (له) اى يثبت نسبهما منه لاقراره (قال لامرأة يازاني حد ولرجل يازانية لا) كذا في تحفة الفقهاء (لا شيء ليس بابني ولا بابنك) لانه نفى الولادة ولا يصير به قاذفا (ولا حد بقذف من لها ولد لا اب له) لقيام امارة الزنا منها وهي ولادة ولد لا اب له ففاتت العفة نظرا اليها (او) بقذف (من لاعنت بولد والولد حي) او قذفها بعد موت الولد لقيام امارة الزنا منها كما مر بخلاف الملاعنة بلا نفي الولد حيث يحد قاذفها لانتفاء الامارة (او) بقذف (رجل وطئ في غير ملكه بكل وجه او بوجه كالامة المشتركة) فان الوطء في الصورتين حرام لعينه والاصل ان من وطئ وطئا حراما لعينه لا يجب الحد بقذفه (او) وطئ (في ملكه المحرم ابدا كامة هي اخته رضاعا او من زنت) عطف على رجل وطئ اى لا حد بقذف من زنت (في كفرها

(قوله ولا اعتياض عنه) كذا الاعفو فيه لكنه ليس للامام ان يقيمه بعد ذهاب المقذوف وعفوه بل اذا عاد وطلبه حد لان العفو كان لغوا فكأنه لم يخاصم الى الآن وفي غاية البيان معزيا الى الشامل لا يصح عفو المقذوف الا ان يقول لم يقذفني او كذب شهودي اه كذا في البحر (قوله قال رجل لآخر يازاني فرد عليه بلا بل انت حدا) يعني بطلهما ما ولا عفو كما تقدم ولا يلتقيان قصاصا وكذا لو تضاربا يعزران ولا يتكافآن ويبدأ بالبادي لانه اظلم وهذا بخلاف ما يوجب التعزير من السب فانهما يتكافآن بشرط ان لا يكون في مجلس القاضي لانهما يعزران بتشاتمهما بين يدي القاضي كما في البحر ﴿٧٣﴾ (قوله اقر بولد فنفى الخ) كذا ذكره هنا في الهداية والكنز ايضا وقد تقدم لهم في باب اللعان ما يغني عن هذا من قولهم نفى اول التوأمين واقر بالثاني حد وان عكس لاعن وثبت نسبهما فيهما ولذا نبه صاحب الهداية على ذلك (قوله ولو قال لامرأة يازاني حد) هذا بالاتفاق لان الترخيم شائع (قوله ولو قال لرجل يازانية لا) اى لا يحد وهو استحسان عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد والشافعي يحد لانه قذفه على المبالغة فان التاء تزاد له كما في علامة ونسابة ولهما انه رماه بما يستحيل منه فلا يحد كما لو قذف مجبوبا وكما لو قال انت محل الزنا لا يحد وكون التاء للمبالغة مجاز لما عهد لها من التأنيث ولو كان حقيقة فالحد لا يجب بالشك كذا في الفتح (قوله لا شيء بليس بابني الخ) كان الانسب تقديمه على المسألة التي قبله لتعلقه بما قبلها (قوله لا اب له) يعني لا اب له معروف في بلد القذف لا في كل البلاد كذا في البحر اه فهذا اعم من مجهول النسب لانه من لا يعرف له اب في مسقط رأسه (قوله او بقذف من لاعنت بولد) يعني وقد نفى القاضي نسبه عن ابيه واستمر منقطع النسب عنه حتى لو ادعى الولد بعده فحد او لم يحد حتى مات او لاعن ولم يقطع القاضي نسب الولد حد قاذفها وكذا يحد لو قامت بينة على انه ادعاه وهو ينكر ويثبت النسب من الاب (درر ١٠ ني) ويحد الاب لخروجها عن صورة الزواني كما في البحر والفتح (قوله بخلاف الملاعنة بلا نفي الولد) صرح به في الفتح كما يحد قاذف ولد الزنا وولد الملاعنة (قوله بكل وجه كوطء الاجنبية فانه يسقط احصانه ولو مكرها) كذا يسقط احصان المرأة المكرهة فان الاكراه يسقط الاثم ولا يخرج الفعل به من ان يكون زنا كما في الفتح من المبسوط (قوله او من زنت في كفرها) لو قال من زنا لكان اولى ليشمل الرجل صريحا وان علم حكمه من حكمها وبه صرح في الهداية والمراد انه قذف بعد الاسلام بزنا كان في الكفر بان قال زنيت وانت كافر كذا في الفتح

(قوله او اقراره به اى بالزنا كامر الخ) كذا قال فى البدائع فان اقام اربعة من الشهود على معاينة الزنا من المقذوف او على اقراره بالزنا سقط الحد من القاذف ويقام حد الزنا على المقذوف اه قلت فى اقامة الحد على المقذوف بالبينة على اقراره نظر لانه قد تقدم فى كلام البدائع ما يناقض هذا وهو الصواب ونصه ولو اقر اى بالزنا اربع مرات فى غير مجلس القاضى وشهد الشهود على اقراره لا تقبل شهادتهم لانه ان كان مقرا فالشهادة لغو لان الحكم للاقرار لا للشهادة وان كان منكرا فالانكار منه رجوع والرجوع عن الاقرار فى الحدود الخالصة حقا لله صحيح اه فقد افاد به ذا صريحا انه لا حد على المقذوف باقامة البينة على اقراره ولا حد على القاذف لاقامة البينة ويمكن دفع المناقضة بحمل قول صاحب البدائع على اللف والنشر المشوش بارجاع قوله سقط الحد من القاذف الى قوله او على اقراره على الزنا وارجاع قوله ويقام حد الزنا على المقذوف الى قوله فان اقام اربعة من الشهود على معاينة الزنا من المقذوف اه ولكن لا يخفى ما فيه من التكلف ولا يساعده كلام التحفة وفى كلام الكمال ما يشير الى هذا حيث قال فان شهد رجلان او رجل وامرأتان على اقرار المقذوف بالزنا يدرأ عن القاذف الحد وعن الثلاثة اى الذين اقامهم القاذف فشهدوا بالزنا لان الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة فكانا سمعنا اقراره بالزنا الا ان المعتبر فى الاقرار اسقاط الحد لا اقامته لان ذلك لا يمكن ولو كثرت الشهود اه ﴿ ٧٤ ﴾ وفى التتارخانية عن التهذيب شهد اربعة انه اقر بالزنا لا حد عليهم ولا على المشهود عليه بالزنا اه (قوله يؤجل الى قيام المجلس) هو ظاهر الرواية وعن ابى يوسف يستأنى به الى المجلس الثانى كما فى الفتح (قوله ولا يكفل) قال الكمال ولا يكفل فى شىء من الحدود والقصاص فى قول ابى حنيفة وابى يوسف الاول ولهذا يحبسه ابو حنيفة وفى قول ابى يوسف الآخر وهو قول محمد يؤخذ منه الكفيل فلهذا لا يحبس عندهما فى دعوى حد القذف والقصاص ولا خلاف انه لا يكفل بنفس الحد والقصاص ثم قال وكان ابو بكر الرازى يقول مراد ابى حنيفة ان القاضى لا يجبره على اعطاء الكفيل فأما اذا اسمحت نفسه به فلا بأس لان تسليم نفسه مستحق عليه والكفيل فى الكفالة بالنفس انما يطالب بهذا القدر اه

لتحقق الزنا منها شرطا لانعدام الملك والزنا حرام فى جميع الاديان (او) بقذف (مكاتب مات عن وفاء) لتمكن الشبهة فى حريته لاختلاف الصحابة فيه (وحد مستأمن قذف مسلما هنا) اى فى دار الاسلام لان فيه حق العبد وقد التزم ايفاء حقوق العباد (و) حد (قاذف واطىء عرسه حائضا) لكون الحرمة مؤقتة (او) واطىء جارية (مملوكة حرمت مؤقتة كأمته المجوسية او مكاتبته و) قاذف (مجوسى نكح امه فأسلم) فانه يحد عند ابى حنيفة خلافا لهما وهذا مبنى على ما سبق ان تزوج المجوسى بالمحارم له حكم الصحة فيما بينهم عنده خلافا لهما (الطالب) القاذف (بالقذف يطالب) اى القاذف (بالبينة) على كون المقذوف زانيا (فان اقام اربعة على زناه او اقراره به) اى بالزنا (كامر) اى اربعا فى اربعة مجالس (حد المقذوف وان عجز) القاذف عن اقامة البينة (للحال واستأجل لاحضار شهود فى المصر يؤجل الى قيام المجلس فان عجز حد ولا يكفل ليذهب فيطلبهم بل يحبس ويقال ابعث اليهم) من يحضرهم كذا فى تحفة الفقهاء (كفى حد) واحد (بجنايات اتحد جنسها بخلاف ما اختلف) اى جنسها وقدمر تفصيله

﴿ فصل ﴾

(التعزير تأديب) فى الكشاف العزر المنع ومنه التعزير لانه منع من معاودة القبيح (دون الحد) اى ادنى قدرا من الحد وهو قد يكون بالحبس او الصفع

(قوله بل يحبس ويقال له ابعث اليهم) هو ظاهر الرواية وذكر ابن رستم عن محمد اذا لم يكن له من يأتى بهم اطلق عنه وبعث معه واحدا (او) من شرطه ليرده عليه كذا فى الفتح وفيه اشارة الى ان المراد بالحبس حقيقته وبه صرح فى التتارخانية فقال المراد بالحبس حقيقته وقال فى البدائع والمراد بالحبس الملازمة اى يقال للمدعى لازمه الى هذا الوقت فان احضر البينة فيه والا خلى سبيله اه (قوله كفى حد واحد بجنايات اتحد سببها) هو من التداخل فى الحكم لا السبب وقدمناه فى سجود التلاوة ومن فروع التداخل او قذف آخر وقد بقى سوط من حده للاول كفى) كذا فى الفتح ﴿ فصل ﴾ (قوله التعزير تأديب) قال الكمال التعزير التأديب فيما شرع فيه التعزير اذا رآه الامام واجب ولا يخفى على احد انه ينقسم الى ما هو حق العبد وحق الله فما كان حق الله يملكه الانسان وان لم يكن محتسبا لانه من باب ازالة المنكر باليد والشارع ولى كل احد ذلك اه وهو يشير الى انه لا يقيمه غير الحاكم الا حال قيام المعصية واما بعده فليس الا للحاكم كذا فى البحر وما كان حق العبد يتوقف على الدعوى لا يقيمه الا الحاكم او من حكمه فيه وفى البحر عن المجتبى وقيل لصاحب الحق اقامته كالقصاص وقيل للامام لان صاحب الحق قد يسرف فيه غلطا اه (قوله دون الحد) اى الذى هو ادنى الحدود وهو حد العبد لما سيذكره المصنف (قوله او الصفع) كذا فى المغرب ونقله فى العناية عن الظهيرية اه وقال فى البحر ذكر ابو اليسر والسرخسى انه لا يباح التعزير

بالصفع لانه من اعلى مايكون من الاستخفاف فيصان عنه اهل القبلة كذا فى المجتبى والصفع الضرب على القفا اه (قوله او الضرب) سيذكر المصنف آخر الباب انه يكون بالقتل لمن رآه يزنى وبقى التعزير بالشتم واخذ المال فاما التعزير بالشتم فهو مشروع بعد ان لا يكون قذفا كما فى البحر عن المجتبى واما بالمال فصفته ان يحبسه عن صاحبه مدة لينزجر ثم يعيده اليه كما فى البحر عن البزازية اه ولا يفتى بهذا لما فيه من تسلط الظلمة على اخذ مال الناس فيأكلونه (قوله اكثره تسعة وثلاثون سوطا) سيقيده المصنف بما اذا كان سببه من جنس ما يجب فيه حد القذف نحو ان يقول الذمية او ام ولد يا زانية كما فى الخانية (قوله واقله ثلاثة) هذا على ماذكر القدورى وقال بعد نقله فى الهداية ذكر مشايخنا ان ادناه على ما يرى الامام يقدره بقدر ما يعلم انه ينزجر به لانه لا يختلف باختلاف الناس وعن ابى يوسف انه على قدر عظم الجرم وصغره وعنه انه يقرب كل نوع من بابه فيقرب اللمس والقبلة من حد الزنا والقذف بغير الزنا من حد القذف اه وتقريبه من حد الزنا ان يكون فيه اكثر الجلدات وتقريبه من حد القذف ان يكون فيه اقل الجلدات كذا فى العناية (قوله وانما قال اقله ثلاثة لان مادونها لا يقع به الزجر) اى لمن يناسبه القد علمت ﴿ ٧٥ ﴾ انه ليس لازما لاختلافه باختلاف الناس (قوله ولا يفرق) كذا فى الهداية

او تعريك الاذن او الكلام العنيف او نظر القاضى اليه بوجه عبوس او الضرب فحينئذ (اكثره تسعة وثلاثون سوطا واقله ثلاثة) لان التعزير ينبغى ان لا يبلغ حدا اخذ واقل الحدار بعون وهو حد العبد فى القذف والشرب وابو يوسف اعتبر حد الاحرار لانهم الاصول وهو ثمانون ونقص عنها سوطا فى رواية وخمسة فى اخرى وانما كان اقله ثلاثة لان مادونها لا يقع به الزجر (ولا يفرق) الضرب على الاعضاء (هنا) اى فى التعزير كما يفرق فى الحد لما سيأتى والتعزير على اربع مراتب تعزير اشراف الاشراف كالفقهاء والعلوية وتعزير الاشراف كالدهاقنة وكبار التجار وتعزير اوساط الناس وتعزير الخسائس فالاول الاعلام لا غير وهو ان يقول القاضى بلغنى انك تفعل كذا وكذا والثانى الاعلام والجر الى باب القاضى وتعزير الاوساط وهم السوقية الاعلام والجر الى باب القاضى والحبس وتعزير الخسائس الاعلام والجر الى باب القاضى والحبس والضرب (وصح حبسه مع ضربه) اذا احتيج الى زيادة تأديب (وضربه اشد) من ضرب الحد لان التخفيف جرى فيه من حيث العدد فلا يخفف من حيث الوصف لئلا يؤدى الى فوت المقصود ولذا لم يخفف من حيث التفريق على الاعضاء ويضرب قائما فى ازار واحد (ثم) الضرب (للزنا) اشد من الباقى لانه ثابت بالكتاب وحد الشرب ثبت باجماع الصحابة رضى الله عنهم حيث قال على رضى الله عنه اذا شرب سكر واذا سكر هذى واذا هذى افترى وعلى المفترين ثمانون جلدة وعليه اجماع الصحابة رضوان الله تعالى عليهم (ثم للشرب ثم للقذف) لان جناية الشرب مقطوع بها وجناية القذف لا لاحتمال كون القاذف

وفى حدود الاصل يفرق التعزير على الاعضاء وفى اشربة الاصل يضرب التعزير فى موضع واحد وقال الزيلعى ليس فى المسئلة اختلاف الرواية واختلاف الجواب لاختلاف الموضوع فالاول فيما اذا بلغ بالتعزير اقصاه والثانى فيما اذا لم يبلغ وهكذا فى المجتبى وفتح القدير كما فى البحر (قوله والتعزير على اربعة مراتب) كذا فى الفتح عن الشافى (قوله وهو ان يقول له القاضى بلغنى انك تفعل كذا وكذا) قيده فى شرح المجمع عن النهاية بأن يكون مع النظر بوجه عبوس اه ولا يخفى ان هذا مع ملاحظة السبب فلابد وان لا يكون مما يبلغ به ادنى الحد كما اذا اصاب من اجنبية غير الجماع (قوله والثانى الاعلام والجر الى باب القاضى) تميز عن الاول بحصول الاول بعد اجتماع القاضى من غير سبق طلبه لان يعزره والا يتحد الثانى والاول اه وعلى ماذكر فى البدائع التميز ظاهر لقوله تعزير اشراف الاشراف بالاعلام المجرد وهو ان يبعث القاضى امينه اليه فيقول بلغنى انك تفعل كذا وكذا وتعزير الاشراف الاعلام والجر الى باب القاضى والخطاب بالمواجهة الخ واما على ماذكره الكمال فيتميز الثانى عن الاول بالخصومة فى ذلك زيادة عن الجر والاعلام فانه قال تعزير اشراف الاشراف وهم العلماء والعلوية بالاعلام وهو ان يقول له القاضى بلغنى انك تفعل كذا فينزجر به وتعزير الاشراف وهم الامراء والدهاقين بالاعلام والجر الى باب القاضى والخصومة فى ذلك وتعزير الاوساط وهم السوقة بالجر والحبس وتعزير الاخسة بهذا كله وبالضرب اه (قوله وضربه اشد من ضرب الحد) يؤخذ من التعليل ان هذا فيما اذا عزر بما دون اكثره والا فتسعة وثلاثون من اشد فوق ثمانين حكما فضلا عن الضرب اربعين مع تنقيص واحد من الاشدية فيفوت المعنى الذى لاجله نقص كذا قاله الشيخ قاسم بن قطلوبغا (قوله ويضرب قائما فى ازار واحد) كذا فى الفتح عن المبسوط ثم قال وفى فتاوى قاضيخان يضرب فى التعزير قائما عليه ثيابه وينزع الحشو والفرو ولا يمد فى التعزير اه (قوله لان جناية الشرب مقطوع بها) اى متيقن بسببها للمشاهدة كذا فى البحر والنهر اه ويمكن ان يقال لا يلزم من المشاهدة التيقن بالسبب لانه قد يكون لاساغة لقمة وتقوم عليه بينة ويمكن الجواب بأن المراد التيقن من حيث الظاهر

صادقا فى قذفه وعجزه عن اقامة البينة لا يدل على كذبه لاحتمال غيبة شهوده او ابائهم من ادائها ولان شارب الخمر قلما يخلو من القذف فيصير كل شارب جامعا بين الشرب والقذف فيتحقق منه جنايتان ومن القاذف جناية واحدة فلهذا كان ضربه اخف من ضرب الشارب وان كان منصوصا عليه كذا فى الكافى فاضمحل ما قال صدر الشريعة اقول حد القذف ثابت بالنص وهو قوله تعالى فاجلدوهم ثمانين جلدة وحد الشرب قيس على حد القذف لان حد الشرب لم يثبت بالقياس بل باجماع الصحابة غايته ان سند الاجماع هو القياس وقد تقرر فى الاصول ان الحكم يستند الى الاجماع لا سنده (وعزر بقذف مملوك) عبدا او امة او ام ولد (او كافر بزناه) لانه جناية قذف وقد امتنع وجوب الحد لفقد الاحصان فوجب التعزير ولهذا يبلغ فى التعزير غايته وفى الصور الآتية الرأى الى الامام وصورتان اخريان يجب فيهما البلوغ فى التعزير غايته احداهما ما اذا اصاب من الاجنبية كل حرام غير الجماع والثانية ما اذا اخذ السارق بعد ما جمع المتاع قبل الاخراج كذا فى الكافى (و) عزر بقذف (مسلم يا فاسق الا ان يكون معلوم الفسق) فحينئذ لا يعزر ذكره قاضيخان (قال له يا فاسق فأراد اثباته لدفع التعزير لا يسمع) لانه شهادة على الجرح المجرد) بخلاف ما اذا قال يا زانى فاراد اثباته حيث يسمع) لانه يثبت عليه الحد وهو حق الله تعالى فلا يكون جرحا مجردا كما سيأتى فى كتاب الشهادة (و) عزر (بيا كافر يا خبيث يا سارق يا فاجر يا مخنث يا خائن يا لوطى يا زنديق يا لص) الا ان يكون لصا كذا فى الخانية (يا ديوث) هو من لا يغار على زنا اهله (يا قرطبان) هو معرب قلتبان مرادف ديوث (يا شارب الخمر يا آكل الربا يا ابن القحبة) فى الفتاوى الظهيرية القحبة الزانية مأخوذة من القحاب وهو السعال وكانت الزانية فى العرب اذا مر بها رجل سعلت ليقضى منها حاجته فسميت الزانية لهذا قحبة وقيل هى من تكون همتها الزنا وقيل هى افحش من الزانية لان الزانية قد تفعل سرا وتأنف منه والقحبة من تجاهر به بالاجرة اقول يرد على ظاهره ان مقتضى هذه المعانى ان يكون فى القحبة معنى الزنا مع زيادة امر قبيح فينبغى ان يجب فيه الحد كما وجب فى يا ابن الزانية كما مر اللهم الا ان يقال ان الحد انما يجب اذا قذف بصريح الزنا او بما هو فى حكمه بان يدل عليه اللفظ اقتضاء كما اذا قال لست لابيك او لست بابن فلان ابيه فى الغضب كما مر ولفظ القحبة لم يوضع لمعنى الزانية بل استعمل فيه بعد وضعه لمعنى آخر كما مر ولا يدل عليه اقتضاء ايضا وهو ظاهر يؤيده ما قال الزيلعى لا يقال يجب الحد بقوله لغيره لست لابيك وهو ليس بصريح فى الزنا لاحتمال ان يكون من غيره بالوطء بالشبهة لانا نقول فيه نسبة امه الى الزنا اقتضاء والمقتضى اذا ثبت ثبت بجميع لوازمه فيجب الحد اذ الثابت اقتضاء كالثابت بالعبارة هذا غاية ما يمكن فى هذا المقام لكنه بعد موضع تأمل (يا ابن الفاجرة) فانها من تباشر كل معصية فلا يكون فى معنى الزانية ولا فى حكمها فلا حد به (انك مأوى اللصوص انت مأوى الزوانى يا من يلعب بالصبيان يا حرامزاده) معناه المتولد من الوطء الحرام وهو اعم من الزنا وغيره كالوطء حالة الحيض وفى العرف لا يراد الا ولد الزنا وكثير ما يراد به

(قوله قال له يا فاسق فأراد اثباته) يعنى بأن يشهد الشهود انه فاسق من غير بيان سببه لا يقبل اما لو اراد اثبات فسقه ضمنا لما تصح فيه الخصومة بجرح الشهود اذا قال رشوتهم بكذا فعليهم رده تقبل ﴿ ٧٦ ﴾ البينة كذا هذا اه نقله صاحب البحر من القنية فالمصنف ذكر بعض ما فيها مع الحاجة الى ذكر باقيه ثم قال فى البحر واذا قال يا فاسق فلما رفع الى القاضى ادعى انه رآه يقبل اجنبية او عانقها او خلا بها او نحو ذلك ثم اقام رجلين شهدا انهما رأياه فعل ذلك فلا شك فى قبولها وسقوط التعزير عن القائل وينبغى على هذا القاضى ان يسأل الشاتم عن سبب فسق من نسبه فان بين سببا شرعيا طلب منه اثباته وينبغى انه ان بين ان سببه ترك الاشتغال بالعلم مع الحاجة اليه ان يكون صحيحا ولا يسأله بينة بل يسأل المقول له عن الفرائض التى عليه فان لم يعرفها ثبت فسقه فلا شىء على القائل له يا فاسق لما صرح به فى المجتبى ان تارك الاشتغال بالعلم لا تقبل شهادته اه (قوله بخلاف ما اذا قال يا زانى) من تتمة كلام القنية وقدمه المصنف فى آخر باب حد القذف (قوله وعزر بقذف مسلم) قال فى البحر التقييد بالمسلم اتفاقى اذ لو شتم ذميا يعزر لانه ارتكب معصية كذا فى الفتح وفى القنية لو قال ليهودى او مجوسى يا كافر يأثم ان شق عليه قال صاحب البحر ومقتضاه انه يعزر لارتكابه ما اوجب الاثم اه وفيه تأمل (قوله وعزر يا كافر) كذا فى الهداية وقال فى التتارخانية من المضمرات قال بعضهم من قال لآخر يا كافر لا يجب التعزير ما لم يقل يا كافر بالله لان الله تعالى سمى المؤمن كافرا بالطاغوت فيكون محتملا اه كذا فى النهر قلت يرجح خلافه حالة السب والاذية فلذا اطلقه فى الهداية وغيرها (قوله الا ان يكون لصا) كذا لو كان به ما وصفه به كآكل الربا وشرب الخمر (قوله فينبغى ان يجب فيه الحد) نقل التصريح بوجوب الحد بقوله يا ابن القحبة فى منح الغفار عن المضمرات اه (الخبيث)

(قوله وانما عزر فيها لانه آذى مسلما والحق به الشين) يشير الى ان كل من ارتكب منكرا او آذى مسلما بغير حق بقول او فعل عزر قال فى منح الغفار ولو بغمز العين وكذا فى الاشباه والنظائر (قوله وقيل فى عرفنا الى قوله وهذا احسن كذا فى الكافى) مثله فى الهداية وقال الكمال فتحصل ثلاثة مذاهب وهو ظاهر الرواية لا يعزر مطلقا ومختار الهندوانى يعزر مطلقا والمفصل بين كون المخاطب من الاشراف فيعزر قائله والا فلا (قوله ﴿٧٧﴾ ادعى على رجل سرقة) كذا فى البحر عن القنية ثم قال وفى الفتاوى السراجية اذا ادعى على شخص بدعوى توجب تكفيره وعجز عن اثبات ما ادعاه لا يجب عليه شئ اذا صدر الكلام على وجه الدعوى عند حاكم شرعى اه (قوله وهو حق العبد) كذا قال فى البحر عن الخانية وفى الفتح لا يخفى على احد انه ينقسم الى ما هو حق العبد وحق الله تعالى فحق العبد يجرى فيه ما ذكر اى من نحو الابراء واما ما وجب منه حقا لله تعالى فقد قدمنا انه يجب على الامام اقامته ولا يحل له تركه الا فيما علم انه انزجر الفاعل قبل ذلك (قوله وشهادة رجل وامرأتين) كذا فى التتارخانية عن المنتقى ويخالفه ما قال فى الجوهرة ولا يقبل فى التعزير شهادة النساء مع الرجال عند ابى حنيفة لانه عقوبة كالحدود والقصاص وقال ابو يوسف ومحمد تقبل شهادة النساء مع الرجال لانه حق آدمى كالديون لانه يصح العفو عنه اه وقد علمت تقسيمه (قوله لا يعزر الزوج زوجته على ترك الصلاة الخ) قال فى التبيين وقوله يعنى صاحب الكنز بخلاف الزوج اذا عزر زوجته الخ يشير الى انه يجوز له ان يضربها لهذه الاشياء يعنى ترك الصلاة والزينة والغسل من الجنابة وترك الاجابة اذا دعاها الى فراشه وللخروج من البيت ثم ذكر ما قاله المصنف ايضا بعده (قوله راى رجلا مع امرأته الخ) كذا قاله الزيلعى وقال قبله سئل الهندوانى عن رجل وجد رجلا مع امرأته ايحل له قتله قال ان كان يعلم انه ينزجر بالصياح والضرب بما دون السلاح لا وان علم انه لا ينزجر الا بالقتل حل له القتل اه ﴿كتاب السرقة﴾ (قوله فقد زيد على المعنى اللغوى اوصاف شرعا) قال الكمال وزيادة الاوصاف لاناطة الحكم الشرعى بها اذ لا شك ان اخذ اقل من النصاب خفية سرقة شرعا لكن لم يعلق الشرع به حكم القطع اه

الخبيث اللئيم فلا يحد به وانما عزر فيها لانه آذى مسلما والحق الشين به ولا مدخل للقياس فى الحدود فوجب التعزير (ولا) اى لا يعزر (بياحمار ياخنزير ياكلب ياتيس ياقرد ياحجام يابانه اى ياابن الحجام (وابوه ليس كذا يامؤاجر) فانه يستعمل فيمن يؤاجر اهله للزنا لكنه ليس معناه الحقيقى المتعارف بل بمعنى المؤجر فلا تعزير فيه (يابغا) فانه من شتم العوام ولا يقصدون به معنى معينا (ياضحكة) بوزن نقطة من يضحك عليه الناس وبوزن الهمزة من يضحك على الناس (ياسخرة) هو ايضا كذلك وقيل فى عرفنا يعزر فى ياكلب ياحمار ياخنزير يابقرة اذ يراد به الشتم ويتأذى به وقيل اذا كان المسبوب من الاشراف كالفقهاء والعلوية يعزر لانه الوحشة تلحقهم بذلك وان كان من العامة لا يعزر لتيقن بكذبه وهذا احسن كذا فى الكافى (ادعى عند القاضى على رجل سرقة وعجز عن اثباته لا يعزر) لان مقصود المدعى تحصيل ماله لا السب والشتم (بخلاف دعوى الزنا) فانه اذا لم يثبت يحد للقذف (وهو حق العبد) اى حق العبد غالب فيه (فيجوز الابراء فيه والعفو واليمين والشهادة على الشهادة وشهادة رجل وامرأتين بخلاف الحد الذى هو خالص حق الله تعالى حيث لم يجز فيه شئ من ذلك (يعزر المولى عبده والزوج زوجته على تركها الزينة و) تركها (غسل الجنابة وعلى الخروج من المنزل وترك الاجابة الى الفراش) لا اى لا يعزر الزوج زوجته (على ترك الصلاة والاب يعزر الابن عليه) قال فى النهاية انما يضربها لمنفعة تعود اليه لا لمنفعة تعود اليها الا يرى انه ليس له ان يضربها على ترك الصلاة وله ان يضربها على ترك الزينة ونحوه (من حد او عزر فمات فدمه هدر) لانه فعل ما فعل بامر الشرع فيكون منسوبا الى الآمر فكأنه مات حتف انفه (الا امرأة عزرها زوجها) بمثل ما ذكرنا (فماتت) فان دمها لا يكون هدرا لان تأديبه مباح فيتقيد بشرط السلامة (ادعت على زوجها ضربا فاحشا وثبت ذلك عليه يعزر) وكذا المعلم اذا ضرب الصبى ضربا فاحشا يعزر كذا فى مجمع الفتاوى رأى رجلا مع امرأته او مع محرمه وهما مطاوعتان قتل الرجل والمرأة جميعا كذا فى المنية

﴿كتاب السرقة﴾

(هى) لغة اخذ الشئ من الغير خفية اى شئ كان وشرعا (اخذ مكلف) اى عاقل بالغ (خفية قدر عشرة دراهم مضروبة جيدا محرزا) صفة قدر او حال منه (بمكان او حافظ) فقد زيد على المعنى اللغوى اوصاف شرعا منها فى السارق وهو كونه مكلفا ومنها فى المسروق وهو كونه مالا متقوما مقدرا ومنها فى المسروق منه وهو كونه

محرزا وسيأتى بيانها ان شاء الله تعالى والمعنى اللغوى مراعى فيها اما ابتداء وانتهاء كما اذا باشر سبب الاخذ خفية واخذ خفية او ابتداء فقط كما اذا نقب الجدار خفية واخذ المال من المالك مكابرة على الجهار ثم انها اما صغرى وهى السرقة المشهورة وفيها مسارقة عين المالك او من يقوم مقامه واما كبرى وهى قطع الطريق وفيها مسارقة عين الامام لانه المتصدى لحفظ الطريق باعوانه وشرطهما كون السارق مكلفا لان الجناية لا تتحقق بدون العقل والبلوغ والقطع جزاء الجناية وشرطه كون المأخوذ عشرة دراهم مضروبة جيدة فصاعدا او قدرها قيمة فان النص الوارد فى حق السرقة مجمل فى حق قيمة المسروق وقد ورد الحديث فى بيانه فى الجملة حيث قال صلى الله عليه وسلم لا يقطع السارق الا فى ثمن المجن وقال اصحابنا المجن الذى قطعت اليد فيه على عهد النبى صلى الله عليه وسلم كان يساوى عشرة دراهم رواه ابن عباس وابن عمر رضى الله عنهم وشرط كونها وزن سبعة مثاقيل لانه المعتبر فى وزن الدراهم فى غالب البلدان وكونها مضروبة لانها المتناولة عرفا لاسم الدراهم وهو ظاهر الرواية وهو الاصح حتى لو سرق عشرة تبرا لا تساوى عشرة مضروبة لا يجب القطع لان شروط العقوبات تراعى فى وجودها بصفة الكمال والتبر انقص من المضروب قيمة ولهذا شرطوا الجودة حتى لو سرق عشرة رديئة لم يقطع عند ابى حنيفة وزفر وشرط كون الاخذ من حرز لا شبهة فيه لان ما يدرأ بالشبهات لا يستوفى بشبهة والحرز قد يكون بالمكان وقد يكون بالحافظ وسيأتى بيانه ان شاء الله تعالى (فيقطع السارق) اى يمينه (ان اقر مرة) كما فى القصاص وحد القذف ويروى عن ابى يوسف عدم القطع الا باقراره مرتين (او شهد رجلان) كما فى سائر الحقوق (وسألهما) اى الشاهدين (الامام كيف هى وما هى ومتى هى واين هى وكم هى وممن سرق وبيناها) لزيادة الاحتياط كما مر فى الحدود ويحبسه الى ان يسأل عن الشهود للتهمة ثم يحكم بالقطع (وان اشترك جمع) فى السرقة

(قوله والمعنى اللغوى مراعى فيها ابتداء وانتهاء) يعنى اذا كان بالنهار كما فى التبيين (قوله او ابتداء فقط) اى اذا كان بالليل لانه وقت لا يلحقه الغوث فيه فلو لم يكتف بالخفية فيه ابتداء لامتنع القطع فى اكثر السراق لا سيما فى ديار مصر بخلاف ما اذا كانت فى النهار لانه وقت يلحقه الغوث فيه كما فى التبيين (قوله وفيها مسارقة عين المالك او من يقوم مقامه) اى فى الحفظ وشرطها ان تكون خفية على زعم السارق حتى لو دخل دار انسان فسرق واخرجه من الدار وصاحب الدار يعلم ذلك والسارق لا يعلم انه يعلم قطع ولو كان السارق يعلم بان صاحب الدار يعلم ذلك لا يقطع لانه جهر كما فى التبيين (قوله جيدة) يشير الى ما قال الكمال حتى لو كانت زيوفا لا يقطع بها او بنحوها لان نقصان الوصف بنقصان الذات ويشترط ان يخرج ما سرقه ظاهرا حتى لو ابتلع دينارا فى الحرز ثم خرج به لا يقطع ولا ينتظر تغوطه بل يضمن مثله لانه استهلكه وهو سبب الضمان للحال وان يخرج النصاب بمرة واحدة فلو اخرج بعضه ثم دخل واخرج باقيه لا يقطع اه ولا يشترط ان يكون المالك واحدا فيقطع بسرقة عشرة دراهم لعشرة من ﴿ ٧٨ ﴾ حرز واحد كما فى مختصر الظهيرية (قوله وشرطها كونها وزن سبعة مثاقيل) قال الكمال مقتضى ما ذكروه من ان الدراهم كانت زمن النبى صلى الله عليه وسلم مختلفة صنف عشرة وزن خمسة وصنف وزن ستة وصنف وزن عشرة ان يعتبر فى القطع وزن عشرة لمقتضى اصلهم فى ترجيح تقدير المجن بعشرة فانه ادرأ للحد وما كان دارئا كان اولى ثم قال ثم هذا البحث الزام على قولهم ان وزن سبعة لم يكن على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فاما ان قيل كالشافعية انها كانت كذلك فى زمنه صلى الله عليه وسلم فلا اه ويلوح انه يرد كذلك على قول الشافعية لوجود العلة (قوله وسألهما الخ) لم يذكر سؤال السارق اذا اقر بها ولا يسأله عن الزمان ولا عن المكان ويسأله عن باقى الشروط كذا فى الفتح اه وترك السؤال عن المكان مشكل لاحتمال انه من دار الحرب كذا بحثه صاحب البحر وقال اخوه صاحب النهر الصواب انه يسأله لجواز ان يكون فى دار الحرب اه (قوله كيف هى) اى كيف السرقة لاحتمال كيفية لا يقطع معها كادخال يده فى النقب (قوله وما هى) (واصاب) اى ماهيتها فانها تطلق على نحو استراق السمع (قوله ومتى هى) اى فى اى زمن لانه عند التقادم يضمن المال ولا يقطع (قوله واين هى) اى من اى محل سرق لاحتمال انه سرق من دار الحرب من مسلم (قوله ويحبسه الى ان يسأل عن الشهود للتهمة) يشير الى ما قال الكمال ان القاضى لو عرف الشهود بالعدالة قطعه اه ولعله على القول بان القاضى يقضى بعلمه وهو خلاف المختار الآن (قوله ثم يحكم بالقطع) قال الكمال ولا يقطع الا بحضرة المسروق منه والشاهدين فان غابا او ماتا لم يقطع اه وكذا لو غاب او مات احدهما فى ظاهر الرواية كما فى النهر اه ثم قال الكمال وهذا اى اشتراط الحضور فى كل الحدود سوى الرجم وعضى القصاص ان لم يحضروا استحسانا هكذا فى كافى الحاكم اه ونقله عنه صاحب البحر وتبعه اخوه صاحب النهر اه قلت استثناء الرجم مخالف لما تقدم لهم فى حد الزنا بالرجم انه اذا غاب الشهود او ماتوا سقط الحد فلا يتجه الا استثناء الجلد فيقام حال الغيبة والموت بخلاف

الرجم لاشتراط بداءة الشهود به اه وهذه عبارة الحاكم الشهيد فى الكافى قال فى اوائل كتاب الحدود واذا شهدوا بالزنا والاحصان ثم ماتوا او غابوا او عموا او ارتدوا قبل ان يقضى بشهادتهم لم يرجم ولم يحد الشهود وكذلك ان اصاب الشهود وان كان غير محصن اقيم عليه الحد فى الموت والغيبة ويبطل فيما سواهما وكذلك فيما سوى الحدود من حقوق الناس اه وقال الحاكم فى كتاب السرقة واذا كان اى المسروق منه حاضرا او الشاهدان غائبان لم يقطع ايضا حتى يحضرا وقال ابو حنيفة بعد ذلك يقطع وهو قول صاحبيه وكذلك الموت وكذلك هذا فى كل حد وحق سوى الرجم ويمضى القصاص وان لم يحضر واستحسانا لانه من حقوق الناس اهو نقله عنه الكمال فى كتاب الحدود كما ذكرناه عنه ثمة فهذا تصريح الحاكم فى الحدود والسرقة بما قلناه فليتنبه له (قوله والابنوس) بفتح الباء فيما سمع كذا فى الفتح وقال العينى بفتح الباء معرب (قوله وفى الصحاح شجر طيب الرائحة) اه يعنى بوضعه على النار لما قال فيما لا يسع الطبيب جهله وهو اى الابنوس من دون الاخشاب اذا وضع على النار بخر بخورا طيبا من غير دخان وبهذا يفرق بينه وبين ما يغش به من الخشب هذا اذا كان يابسا وان كان رطبا ا لهب بالنار اه (قوله غير مرغوب فيها) لفظة غير زائدة (قوله وكان خفيفا لا يثقل على الواحد حمله) كذا فى الهداية وعلله بأن الثقيل منه لا يرغب فى سرقته اه وقال الكمال ونظر ﴿ ٧٩ ﴾ فيه بأن ثقله لا ينافى ماليته ولا ينقصها وانما يقل فيه رغبة الواحد لا الجماعة

(واصاب كلا قدر نصاب) وهو عشرة دراهم (قطعوا وان اخذ المال) كله من الحرز (بعضهم) لان المعتاد بين السراق ان يتولى بعضهم الاخذ ويستعد الباقون للدفع فلو امتنع الحد بمثله لامتنع القطع فى اكثر السراق فيؤدى الى فتح باب الفساد (يقطع بالساج) خشب مقوم يجلب من الهند (والقنا) الرمح (والابنوس) خشب صلب وفى الصحاح شجر طيب الرائحة (والعود والمسك والادهان والورس) نبات كالسمسم ليس الا باليمن يزرع فيبقى عشرين سنة كذا فى القاموس (والزعفران والعنبر والفصوص الخضر) كانها الزمرد (والياقوت والزبرجد واللؤلؤ واللعل والفيروزج) وبالجملة كل ما هو من اعز الاموال وانفسها ولا يوجد فى دار الاسلام مباحة الاصل غير مرغوب فيها (واناء وباب من خشب) فان الصنعة فيهما غلبت على الاصل فالتحقا بالاموال النفيسة وانما يقطع فى الباب اذا كان محرزا غير منصوب على الجدار خارج البيت وكان خفيفا لا يثقل على الواحد حمله (لا) اى لا يقطع (بتافه) اى حقير (يوجد مباحا فى دارنا كخشب وحشيش وقصب وسمك وصيد وزرنيخ ومغرة) وهى الطين الاحمر (ونورة ولا بما يفسد سريعا كلبن ولحم وفاكهة رطبة وثمر على شجر) لعدم الاحراز (وبطيخ وزرع لم يحصد) لعدمه فيهما ايضا (و) لا (فى اشربة مطربة وآلات لهو وصليب من ذهب او فضة

ولو صح هذا امتنع القطع فى فردة حمل من قماش ونحوه وهو منتف ولذا اطلق الحاكم فى الكافى القطع اه (قوله لا) اى يقطع بتافه اى حقير (قوله كخشب) اى لم تدخله صنعة تغلب عليه كالحصر الخسيسة والقصب المصنوع بوارى حتى لو غلبت فى الحصر قطع فيها كالحصر البغدادية والعبدانية فى ديار مصر والاسكندرية وهى العبدانية بخلاف الحصر الخسيسة لنقصان احرازها حيث كانت تبسط فى غير الحرز ولان شبهة التفاهة فيها كما قالوا انه لا يقطع فى الملح كذلك ولا يقطع فى الآجر والفخار لان الصنعة لم تغلب فيهما على قيمتهما وظاهر الرواية فى الزجاج انه لا يقطع لانه يسرع اليه الكسر فكان ناقص المالية كذا فى الفتح (قوله وسمك) شامل للمملوح (قوله وصيد) شامل للطير بجميع انواعه حتى البط والدجاج كما فى التبيين وهو الاصح كما فى النهر (قوله وزرنيخ) هو بالكسر فارسى معرب كما فى المصباح ونظر بعضهم فى الزرنيخ فقال ينبغى ان يقطع به لكونه مرغوبا فيه لانه محرز يصان فى دكاكين العطارين كسائر الاموال كذا فى الفتح (قوله ومغرة) هو بفتحات الثلاث وتسكين الغين كما فى البرهان (قوله ولحم) شامل للقديد كما فى التبيين وكذا الحكم فى الخبز كما فى البرهان (قوله وثمر على شجر لعدم الاحراز) اى الاحراز الكامل ولذا قال فى البرهان ولو محرزا بحائط (قوله وزرع لم يحصد) يشير الى القطع بما حصد ووضع فى الحظيرة وبه صرح فى البرهان وقال الكمال والقطع فى الحنطة وغيرها اجماعا انما هو فى غير سنة القحط اما فيها فلا سواء كان مما يتسارع اليه الفساد او لا لانه عن ضرورة ظاهرا وهى تبيح التناول وعنه صلى الله عليه وسلم لا قطع فى مجاعة مضطر وعن عمر رضى الله عنه لا قطع فى عام سنة (قوله ولا فى اشربة مطربة) يشير الى القطع بسرقة الخل وبه صرح الكمال قال وفى سرقة الاصل يقطع بالخل ونقل الناطفى فى كتاب المجرد قال ابو حنيفة لا قطع فى الخل لانه قد صار خمرا مرة وفى نوادر ابى سليمان برواية على بن الجعد لا قطع فى الرب والجلاب (قوله وآلات لهو) قال الكمال واختلف فى طبل الغزاة قيل لا يقطع به واختاره الصدر الشهيد لانه يصلح للهو وان كان وضعه لغيره وقيل يقطع لانه مال متقوم ليس موضوعا للهو فليس آ

(قوله وشطرنج) قال الكمال ولو كان من ذهب وهو بكسر الشين بوزن قرطعب (قوله ونرد) بفتح النون وهو الذى يلعبه الافرنج قاله العينى (قوله وباب مسجد) فيه استدراك بما قدمه من قوله وباب من خشب والتقييد بالمسجد اتفاقى لانه كذلك فى الدور ولا قطع بمتاع المسجد كحصره وقناديله لعدم الحرز وكذا استار الكعبة كما فى الفتح (قوله ونبش) شامل لما لو كان القبر فى بيت مغلق فى الاصح وكذا لو سرق من ذلك البيت مالا غير الكفن او من تابوت فى القافلة وفيه الميت لا يقطع ولو اعتاده ذلك للامام قطع سياسة لاحدا كما فى التبيين والفتح (قوله ومثل حقه) قال الزيلعى ولو مثله حكما فى الصحيح ان اخذ احد النقدين ودينه النقد الثانى لان النقدين جنس واحد (قوله لانه بمقدار حقه يكون شريكا فيه) قاله الزيلعى وقال فى البرهان لانه يصير فى معنى الشريك فى المسروق بقدر حقه (قوله وان سرق منه عروضا يقطع) كذا لو سرق حليا من فضة ودينه دراهم الا ان يقول اخذته رهنا بدينى فلا يقطع وعن ابى يوسف لا يقطع اى وان لم يدع الرهن لان له ان يأخذه عند بعض العلماء نقل عن ابن ابى ليلى قضاء لحقه او رهنا به قلنا هذا لا يستند الى دليل ظاهر فلا يصير شبهة دارئة الا ان ادعى ذلك اه كذا فى الفتح (قوله وما قطع فيه ولم يتغير) كذا لا يقطع لو كان ذهبا او فضة وقطع به ورد فجعله المسروق منه آنية او كانت آنية فضربها دراهم ثم عاد فسرقه لا يقطع عند ابى حنيفة خلافا لهما كما فى الفتح شرح الطحاوى (قوله ولا يقطع بسرقة من ذى رحم محرم) يعنى والمحرمية لا برضاع كبنت الام اذا كانت اختا من الرضاعة قاله العينى (قوله ولا بسرقة من زوج وعرس) ولو فى عدة البائن وكذا لا قطع لو سرق من اجنبية ثم تزوجها سواء كان التزوج بعد القضاء بالقطع او قبله فى ظاهر الرواية كما فى التبيين والفتح وكذا لو سرقت منه ثم تزوجته يكون على هذا كما فى البحر (قوله ولو من حرز خاص له) يعنى بان كان (سيدته) خارج مسكنهما صرح به فى الهداية والبحر (قوله ولا بسرقة عبد) شامل للقن والمدبر والمكاتب وام الولد كذا فى البحر ولم يذكر معتق البعض ولعله كالمكاتب (قوله ولا بسرقة من سيده او عرسه) كذا اقارب سيده قال فى البحر والعبد فى هذا ملحق بهؤلاء حتى لا يقطع فى سرقة لا يقطع فيها المولى كالسرقة من اقارب المولى وغيرهم لانه مأذون له بالدخول عادة فى بيت هؤلاء لاقامة المصالح

وشطرنج ونرد) لان من اخذها يتأول الكسر او الاراقة بخلاف دراهم عليها التماثيل لانها ما اعدت للعبادة بل للتمول فلا يثبت فيها تأويل الكسر (وباب مسجد) لعدم الاحراز (ومصحف) لانه ليس بمحرز للتمول وآخذه يتأول القراءة فيه (وصبى حر) لان الحر ليس بمال (ولو) كان المصحف والصبى (محليين) لان ما فيهما تابع لهما فلا يعتبر (وعبد كبير) لان اخذه غصب او خداع لا سرقة (ودفاتر غير الحساب) لان المقصود ما فيها وهو ليس بمال ولانها ان كانت شرعية ككتب التفسير والحديث والفقه فهى كالمصحف وان كانت اشياء مكروهة فهى كالطنبور واما دفاتر الحساب فالمذكور فى الكافى ان المراد دفاتر امضى حسابها الا ان ما فيها لا يقصد بالاخذ وانما المقصود الكواغد فيقطع ان بلغت نصابا وفى المحيط سرق دفاتر حساب انسان واستهلكها يضمن لمالكها قيمتها وهو ان ينظر بكم يشترى ذلك وهو نظير من حرق صك انسان ضمن قيمة الصك مكتوبا على قول اكثر المشايخ ولا ينظر الى المال (وكلب وفهد) لانهما يوجدان مباحى الاصل (وخيانة) كان يخون المودع ما فى يده من الشئ المأمون (وخلس) وهو ان يأخذ من اليد بسرعة جهرا (ونهب) وهو ان يأخذ على وجه العلانية قهرا من ظاهر بلدة او قرية كذا فى المستصفى (ونبش) لقوله صلى الله عليه وسلم لا قطع على المختفى وهو النباش بلغة اهل المدينة (ومال عامة) كمال بيت المال (ومال له فيه شركة ومثل حقه حالا او مؤجلا) بان كان له على آخر دراهم حالة او مؤجلة فسرق منه مثلها لم يقطع لانه استيفاء لحقه والحال والمؤجل فيه سواء ولان التأجيل لتأخير المطالبة (ولو) اخذ (زائد) على حقه لانه بمقدار حقه يكون شريكا فيه وهو شائع وان سرق منه عروضا يقطع اذ ليس له ولاية الاستيفاء منه الا بيعا بالتراضى (وما قطع فيه ولم يتغير) يعنى من سرق عينا فقطع فردها ثم عاد فسرقها وهى بحالها لم يقطع لما سيأتى حتى اذا تغير فسرقها قطع ثانيا كغزل قطع فيه فنسج فسرقه (ولا) يقطع (بسرقة من ذى رحم محرم منه ولو) كان المسروق (مال غيره) يعنى ان السرقة من ذى الرحم المحرم سواء كان المسروق مال ذى الرحم او مال غيره لا يوجب القطع للشبهة فى الحرز (بخلاف ماله) اى مال المحرم اذا سرق (من بيت غيره) حيث يقطع لتحقق الحرز (و) بخلاف (مال مرضعته مطلقا) اى سواء سرق من بيتها او بيت غيرها حيث يقطع لتحقق الحرز (و) لا (بسرقة) (من زوج وعرس ولو كان سرقة العرس (من حرز خاص له) اى للزوج فان بسوطة اليد لكل منهما فى مال الآخر مانع من القطع (و) لا بسرقة (عبد من سيده او عرسه) اى عرس سيده (او زوج

سيدنه) لوجود الاذن بالدخول عادة فى هذه السور (و) لا بسرقة المولى (من مكاتبه) لان له فى اكسابه حقا (و) لا بسرقة الضيف (من مضيفه) لان البيت لم يبق حرزا فى حقه لكونه مأذونا فى دخوله (و) لا بسرقة (من مغنم) لان له فيه نصيبا (وحمام وبيت أذن له فى دخوله نهارا) لوجود الاذن عادة فى الاول وحقيقة فى الثانى فاختل الحرز وكذا حوانيت التجار والخانات الا اذا سرق منها ليلا لانها بنيت لاحراز الاموال والاذن مختص بالنهار (او سرق شيأ ولم يخرجه من الدار) لا يقطع فيه أيضا لان الدار كلها حرز واحد فلابد من الاخراج منها (او دخل بيتا وناول من هو خارج) حيث لا قطع عليهما لان الاول لم يخرج لاعتراض يد معتبرة على المال قبل خروجه والثانى لم يهتك الحرز فلم تتم السرقة من كل واحد (او نقب بيتا فادخل يده وأخذ نصابا) حيث لا يقطع لما روى عن على كرم الله وجهه اللص اذا كان ظريفا لا يقطع وفسره بذا (او طر صرة خارجة من كم غيره) قال فى النهاية الصرة وعاء الدراهم والمراد بها ههنا نفس الكم وانما كان الحكم هكذا لان الرباط من خارج فبالطر يتحقق الاخذ من الظاهر فلم يوجد هتك الحرز وان كانت الصرة داخلة فطرها وأخذها قطع لان الرباط من داخل فبالطر تبقى الصرة داخل الكم فيوجد الاخذ من الداخل ولو كان مكان الطر حل الرباط ينعكس الحكم لانعكاس علته (او سرق جملا من قطار او حملا) حيث لم يقطع سواء كان معه سائق يسوقه أو قائد يقوده اولا لان مقصود السائق والقائد السوق والقود وقطع المسافة لا الحفظ (وقطع سارق الجمل والحمل (ان حفظ صاحبه أو نام عليه) فان النوم على الحمل او بقرب منه حفظ له (او شق الحمل واخذ منه شيأ) يبلغ النصاب فان الجوالق حرز (او ادخل يده فى صندوق غيره او كمه أو جيبه) للاخذ واخذ قدر النصاب (او اخرج من مقصورة دار فيها مقاصير الى صحنها او سرق صاحب مقصورة من) مقصورة (اخرى) يعنى دارا فيها حجرات يسكن فى كل منها من لا تعلق له بالحجرة التى يسكن فيها غيره لا دار لواحد بيوتها مشغولة بمتاعه وخدامه وبينهم انبساط (او القى شيأ من حرز فى الطريق ثم أخذه) لان الرمى حيلة يعتادها السراق لاغراض فاسدة فيه ولم يعترض عليه يد معتبرة فاعتبر الكل فعلا واحدا فقطع واذا اخرج ولم يأخذ فهو مضيع لا سارق فلا يقطع (أو حمله على حمار فساقه فأخرجه) لان سيره مضاف اليه لسوقه فى المنية للامام ان يقتل السارق سياسة لسعيه فى الارض بالفساد

(قوله ولا من مكاتبه ينبنى على هذا مكاتب المكاتب (قوله ولا بسرقة الضيف الخ أطلقه فشمل ما اذا سرق من البيت الذى أضافه أو من غيره من تلك الدار التى أذن له فى دخولها او هو مقفل أو فى صندوق مقفل ذكره القدورى فى شرحه كذا فى الفتح (قوله ولا بسرقة من مغنم مأثور عن على رضى الله عنه درأ وتعليلا كذا فى الفتح (قوله وحمام وبيت أذن له فى دخوله نهارا) المراد وقت أذن بالدخول فيه حتى لو اذن بالدخول ليلا لا يقطع وسواء كان عنده ﴿٨١﴾ المتاع حافظ أم لم يكن لا يقطع فى الصحيح لان الحمام صالح لصيانة الاموال الا أنه الحرز بالاذن فى الدخول ولذا يقطع اذا سرق منه فى وقت لم يؤذن فيه بالدخول بخلاف المسجد اذا سرق منه ما عنده حافظ لانه ما وضع لاحراز الاموال فيقطع السارق كما فى الفتح (قوله لوجود الاذن عادة فى الاول) تعليل لعدم قطع السارق من حمام نهارا وقوله حقيقة فى الثانى تعليل لقوله وبيت أذن فى دخوله وهو ثابت فى صحيح النسخ ونص عليه فى الهداية (قوله أو سرق شيأ ولم يخرجه من الدار لا يقطع) قال الزيلعى هذا اذا كانت الدار صغيرة لا يستغنى أهل البيوت عن الانتفاع بصحنها وان كانت كبيرة فسرق منها واخرجه الى صحنها يقطع وان لم يخرجه منها اه (قوله فلابد من الاخراج منها) شرطه أى الاخراج ليتحقق هتك الحرز وهذا بخلاف الحرز بالحافظ فانه يقطع كما اخذه لزوال يد المالك بمجرد الاخذ فيتم فيجب موجبها كذا فى الفتح (قوله او دخل بيتا وناول من هو خارج حيث لا يقطع عليهما) شامل اخراج الداخل يده الى الخارج وادخال الخارج يده كما فى الفتح (قوله وفسره بهذا) أى فسره على رضى الله عنه بهذا كما فى التبيين (قوله أو طر صرة الخ) قال الكمال وعن أبى يوسف انه يقطع الطرار على كل حال وهو قول الائمة الثلاثة وبما ذكر من التفصيل فى الطر ظهر (درر ١١ ف) ان ما يطلق فى الاصول من ان الطرار يقطع انما يأتى على قول أبى يوسف رحمه الله تعالى (قوله لان مقصود السائق والقائد الخ) قاله فى الفتح ثم قال حتى لو كان مع الاحمال من يتبعها للحفظ قالوا يقطع (قوله الامام الخ) يجانسه ما نقله فى الفتح عن التجنيس بعلامة النوازل لص معروف بالسرقة وجده رجل يذهب فى حاجته غير مشغول بالسرقة ليس له ان يقتله وله أن يأسره وللامام ان يحبسه حتى يتوب لان الحبس زجرا للتوبة مشروع اه

﴿فصل﴾ (قوله تقطع يمين السارق) يعني بحضرة المسروق منه واما حضور الشاهدين فقدمنا عن الحاكم ما نصه واذا كان اى المسروق منه حاضرا والشاهدان غائبان لم يقطع ايضا حتى يحضرا وقال ابو حنيفة بعد ذلك يقطع وهو قول صاحبيه وكذلك الموت وهذا في كل حد وحق سوى الرجم وبمضى القصاص وان لم يحضروا استحسانا لانه من حقوق الناس اه وانما ذكرته لانى رأيت بخط بعض المشايخ معزوا للحاكم ما لا يفيد هذا (قوله وتحسم) الحسم الكي لينقطع الدم ﴿۸۲﴾ وفي المغرب والمغنى لابن قدامة هو ان تغمس في الدهن الذي اغلى اه وثمن الزيت وكلفة الحسم على السارق عندنا (قوله لقوله صلى الله عليه وسلم فاقطعوا واحسموا) يقتضي وجوب الحسم ولانه علل بانه لولم يحسم يؤدى الى التلف وقال الكمال قول المصنف اى في الهداية لانه لولم يحسم لادى الى التلف يقتضي وجوبه والمنقول عن الشافعي واحمد انه مستحب فان لم يفعل لا يأثم ويسن تعليق يده في عنقه اى عند الشافعي لانه صلى الله عليه وسلم امر به رواه ابو داود وابن ماجه وعندنا ذلك مطلق للامام ان رآه وان لم يثبت عنه صلى الله عليه وسلم في كل من قطعه ليكون سنة اه (قوله جواب هذا الشرط قوله الآتي لم يقطع) لم ار جواب الشرط فيما رأيته من النسخ فالحوالة غير رائجة ثم رأيته في نسخة اه (قوله او اصبعاها) يعني غير الابهام (قوله او رده الى مالكه قبل الخصومة) اشار به الى انه لورده بعد القضاء بالقطع يقطع وكذا بعد الشهادة قبل القضاء استحسانا ورده الى ولد المسروق منه اوذوى رحمه وكانوا في عياله كرده الى المسروق منه وكذا رده على امرأته او اجيره مسانهة او مشاهرة او عبده او مكاتبه ولو رده الى احد من اصوله وليس في عياله لا يقطع كما في التبيين (قوله او ملكه بهبة مع القبض) هكذا وقع التقييد بالقبض في الهداية والقائل ان يقول لا يشترط القبض لان الهبة تقطع الخصومة لانه ما كان يهب لمخاصم فليتأمل (قوله اقول فيه بحث الخ) لا يخفى عدم استقامته لانه في تخصيص الحكم بان يقرا بالسرقة ثم يدعى الملك احدهما بل حكم ثبوتها بالبينة ثم ادعاء الملك كذلك في الحكم فعبارة الوقاية اشمل (فيه)

﴿فصل﴾

(تقطع يمين السارق) اما القطع فبالنص واما اليمين فلقراءة ابن مسعود فاقطعوا ايمانهما والقراءة المشهورة يعمل بها عندنا (من زنده) لان النبي صلى الله عليه وسلم امر بقطع السارق من الزند (وتحسم) لقوله صلى الله عليه وسلم فاقطعوا واحسموا (الا في حر وبرد شديدين) لانه ربما يفضى الى التلف والحد زاجر لا متلف (ثم رجله اليسرى ان عاد فان عاد لا) اى لا يقطع (وحبس حتى يتوب) وعزر ايضا وقال الشافعي يقطع في الثالثة يده اليسرى وفي الرابعة رجله اليمنى لقوله صلى الله عليه وسلم من سرق فاقطعوه فان عاد فاقطعوه فان عاد فاقطعوه فان عاد فاقطعوه ولنا اجماع الصحابة رضى الله عنهم حين حجهم على رضى الله عنه بقوله انى لاستحى من الله تعالى ان لا ادع له يدا يبطش بها ورجلا يمشى بها ولم يحتج احد منهم بالحديث فدل على عدمه وقال الامام الطحاوى تتبعنا هذه الآثار فلم نجد لشيء منها اصلا ولو صح حمل على السياسة او النسخ (فان كان) جواب هذا الشرط قوله الآتي لم يقطع اما عدم القطع فيما اذا كان (يده اليسرى او ابهامها او اصبعاها او رجله اليمنى مقطوعة او شلاء) فلان فيه تفويت جنس المنفعة وهو البطش والمشى بخلاف ما اذا كانت اصبع واحدة سوى الابهام مقطوعة او شلاء لان فوتها لا يمنع القطع في ظاهر الرواية واما عدمه فيما ذكر بقوله (او رده الى مالكه قبل الخصومة) فلان الدعوى حينئذ لا تمكن فلا تظهر السرقة واما فيما ذكر بقوله (او ملكه بهبة) مع القبض (او بيع او نقصت قيمته من النصاب قبل القطع) هذا قيد للملك والنقصان معا فلان قيام الخصومة عند الاستيفاء شرط القطع وقد انتفى في الاول وقيام كمال النصاب عند الامضاء شرط القطع ايضا وقد انتفى في الثاني واما فيما ذكره بقوله (او سرق) وشهد عليه شاهدان (فادعى) كون المسروق (ملكه) وان لم يبرهن فلان الشبهة دارئة للحد وتثبت بمجرد الدعوى للاحتمال واما فيما ذكره بقوله (او اقرا) اى السارقان بالسرقة (وادعاه) اى المال (احدهما) وان لم يبرهن حيث لا يقطعان فلان الرجوع عامل في حق الراجع ومورث للشبهة في حق الآخر لان الشبهة تثبت باقرارهما على الشركة قال في الوقاية او سرق فادعى ملكه او احد السارقين اقول فيه بحث لان المفهوم من العبارة غير مطلوب والمطلوب غير مفهوم منها اما الاول فلان قوله احد السارقين عطف على ضمير فادعى فالمعنى او سرق سارقان فادعى احدهما وهو ليس بمطلوب واما الثاني فلان المطلوب ان يقر السارقان وادعى الملك احدهما كما هو المذكور في الهداية والكافي وغيرهما وهو ليس بلازم اذ لا اشعار في العبارة بالاقرار واما

فيأذ كر بقوله (اولم يطالب المالك وان اقر السارق) فلان الدعوى شرط فلابد من المطالبة (سرقا وغاب احدهما فبرهن على سرقتهما قطع الحاضر) لان السرقة اذا لم تثبت على الغائب كان اجنبيا او بدعوى الاجنبي لاتثبت الشبهة ولان احتمال دعوى من الغائب الشبهة شبهة الشبهة فلا تعتبر (وقطع) السارق (بخصومة ذى يد حافظة) كاب ووصى ومودع وغاصب وصاحب ربا ومستعير ومستأجر ومضارب وقابض على سوم الشراء ومرتهن ومستبضع (وخصومة المالك) ايضا (من سرق منهم) مفعول خصومة اما خصومة ذى يد حافظة فلان السرقة موجبة للقطع فى نفسها وقد ظهرت بنفسها عند القاضى بحجة شرعية بناء على خصومة معتبرة فيستوفى القطع ولهم يد صحيحة وهى مقصودة كالملك فاذا ازيلت كان لهم ان يخاصموا من انفسهم لاستردادها اصالة لانيابة لانه ان كان امينا لايتمكن من اداء الامانة الا به وان كان ضمينا لايتمكن من اسقاط الضمان عن نفسه الا به بأن يقول سرق منى فان كان اصيلا فى الخصومة وجب الاستيفاء عند الثبوت بلا حضرة المالك لان القطع حق الله تعالى بخلاف القصاص واما خصومة المالك من سرق منهم فلان له حقيقة الملك وهى اقوى من اليد الحافظة فاذا جازت بالثانية فلان يجوز بالاولى اولى (لا) اى لايقطع من سرق (من سارق قطع) يعنى اذا سرق رجل شيأ فقطع به وبقى المسروق فى يده وسرقه من السارق آخر لايقطع الثانى لان السرقة انما توجب القطع اذا كانت من يد المالك او الامين او الضمين لما مر آنفا ولم يوجد شئ منها ههنا اذ السارق الاول ليس بمالك ولا امين ولا ضمين حتى لو اتلفه لايضمن كما سيأتى بخلاف ما اذا سرق قبل القطع حيث يكون له ولرب المال القطع لانه فى معنى الغاصب (وقطع عبد اقر بسرقة) لان اقراره صحيح من حيث انه آدمى لان الجزاء انما يجب عليه بسبب الجناية والجناية انما تحقق بواسطة التكليف والتكليف انما يحقق من حيث انه آدمى لا من حيث انه مال ثم يتعدى الى المالية فيصح من حيث انه مال آدمى اذ لاتهمة فيه الايرى ان قوله مقبول فى هلال رمضان لعدمها (وما قطع به مطلقا) اى سواء كان المقطوع حرا او عبدا (ان بقى رد الى صاحبه) لبقائه على ملكه (والا لايضمن وان اتلف) لقوله صلى الله عليه وسلم لاغرم على السارق بعد ما قطعت يمينه قوله وان اتلف اشارة الى رد ما روى الحسن عن ابى حنيفة ان الضمان يجب بالاستهلاك (ولا من سرق) عطف على ضمير لايضمن وجاز للفصل (مرات فقطع ولو) كان القطع (ببعضها) اى

(قوله اولم يطالب المالك) اى لم يقطع فهذا محل جواب الشرط كذا فى الكنز وشرحه للزيلعى ثم قال وفى البدائع اذا اقر انه سرق من فلان الغائب قطع استحسانا ولا ينتظر حضور الغائب وتصديقه وقيل عندهما ينتظر وعند ابى يوسف لا ينتظر اه وقال صاحب البحر ليست هذه عبارة البدائع فان عبارته قال ابو حنيفة ومحمد الدعوى فى الاقرار شرط حتى لو اقر السارق انه سرق مال فلان الغائب لم يقطع ما لم يحضر ويخاصم عندهما وقال ابو يوسف الدعوى فى الاقرار ليست بشرط الخ اه (قوله سرقا وغاب احدهما الخ) قول ابى حنيفة الآخر ثم لو حضر الغائب لايقطع الا ان تعاد تلك البينة عليه او تثبت ببينة اخرى وكذا لو اقر الحاضر بسرقة مع الغائب يقطع فى قوله الآخر كما فى الفتح (قوله وخصومة المالك ايضا) شامل لما لو كان المسروق منه حاضرا او غائبا وعن محمد لايقطع بخصومة المالك حال غيبة المسروق منه والظاهر الاول الا ان الراهن انما يقطع بخصومته حال قيام الرهن قبل قضاء الدين او بعده اذ لو كان مستهلكا لايقطع الا بحضرة المرتهن كذا فى الفتح وقال فى غاية البيان وينبغى ان يكون للراهن ولاية القطع اذا كانت قيمة الرهن ازيد من الدين بقدر النصاب اه وكذا قال الزيلعى قال الراجى عفو ربه ينبغى الخ (قوله لايقطع من سرق من سارق) يعنى لايكون له ولا لرب السرقة القطع وللاول ولاية خصومة الاسترداد فى رواية وليس له ذلك فى اخرى اه والوجه انه اذا ظهر هذا الحال عند القاضى لا يرده الى الاول ولا الى الثانى اذا رده لظهور خيانة كل منهما بل يرده من يد الثانى الى المالك ان كان حاضرا والا حفظه كاموال الغائب كذا فى الفتح (قوله وقطع عبد اقر بسرقة) يعنى اذا كان كبيرا وقت الاقرار فان كان صغيرا فلا قطع عليه اصلا لكنه ان كان مأذونا رد المال الى المالك ان كان قائما ويضمنه ان كان هالكا وان كان محجورا فان صدقه المولى يرد الى المسروق منه ان كان قائما وان كان هالكا فلا ضمان عليه ولا بعد العتق كذا ذكره ابن الضياء عن الاسبيجابى (قوله ان بقى رد الى صاحبه) اى سواء بقى بيد السارق او غيره كما اذا باعه او وهبه وسلمه يؤخذ من المشترى والموهوب له وهذا كله بعد القطع ولو قال المالك قبله انا اضمنه لم يقطع عندنا فانه يتضمن رجوعه عن دعوى السرقة الى دعوى المال كما فى الفتح

بعض السرقات (شيأ) مفعول لايضمن (منها) اى من تلك السرقات يعنى ان من سرق سرقات فحضر واحد من اربابها وادعى حقه فأثبت فقطع فيها فهو لجميعها ولا يضمن شيأ عند ابى حنيفة وان حضروا جميعا فقطعت يده بحضورهم لايضمن شيأ بالاتفاق (ولا) اى لايضمن ايضا (قاطع يسار من امر بقطع يمينه بسرقة) لانه اتلف واخلف من جنسه ماهو خير منه فان قيل اليمنى لم تحصل بقطع اليسرى بل كانت حاصلة قبله قلنا اليمنى كانت مستحقة الاتلاف فبقطع اليسرى سلمت فصارت كالحاصلة له به (قال انا سارق هذا الثوب بالاضافة قطع) لكونه اقرارا بالسرقة (ولو) قال انا سارق هذا الثوب (بدونها) اى بدون الاضافة بل بتنوين سارق (لا) اى لايقطع لكونه عدة لا اقرارا (وقطع من شق ماسرق فى الدار فأخرجه فهو) بعد الشق (يساوى العشرة) اى عشرة دراهم مضروبة قيد بقيدين ان يكون الشق فى الدار وان يساوى المسروق عشرة دراهم بعد الشق فى الدار لانه اذا اخرجه غير مشقوق وهو يساوى عشرة دراهم ثم شقه وانتقص قيمته بالشق من العشرة فانه يقطع قولا واحدا واذا شق فى الدار وانتقص قيمته ثم اخرجه لم يقطع لان السرقة تمت على النصاب الكامل فى الاول لا الثانى فظهر ان القيد الثانى لابد منه ولهذا ذكر فى الهداية والكافى وغيرهما وقد ترك فى الوقاية والكنز (لا) اى لايقطع (من سرق شاة فذبح فى الحرز فاخرج) لان السرقة تمت على اللحم وقد سبق ان سرقته لاتوجب القطع (ومن جعل ماسرق) من الفضة والذهب قدر النصاب (دراهم ودنانير قطع) السارق (وردت) الدراهم والدنانير الى المسروق منه عند ابى حنيفة وقالا لاترد بناء على انها صنعة متقومة عندهما خلافا له (وان حمره) اى الثوب الذى سرقه (فقطع فلا رد ولا ضمان عندهما) وقال محمد يؤخذ منه الثوب ويعطى مازاد الصبغ فيه لان عين ماله قائم من كل وجه وهو اصل والصبغ تبع فكان اعتبار الاصل اولى ولهما ان الصبغ قائم صورة ومعنى وحق صاحب الثوب قائم صورة لامعنى لزوال التقوم بالقطع كامر فكان حق السارق احق بالترجيح (وان سود) السارق الثوب (رد) على المسروق منه عند ابى حنيفة لان السواد نقصان فلا يوجب انقطاع حق المالك (سرق فى ولاية سلطان ليس لسلطان آخر قطعه) اذ لاولاية له على من ليس تحت يده

﴿ باب قطع الطريق ﴾

لما فرغ من بيان السرقة الصغرى شرع فى بيان السرقة الكبرى فقال

(قوله ولا يضمن قاطع يسار من امر بقطع يمينه) شامل غير الحداد وهو الصحيح وسواء قطع مخطئا فى الاجتهاد او فى معرفة اليمين من اليسار وهو الصحيح ولكنه يؤدب وقيد بالامر بالقطع لانه لو قطعه احد قبل الامر والقضاء كان عليه القصاص فى العمد والدية فى الخطا كما فى النهر (قوله وقطع من شق ماسرق الخ) هذا عندهما وعن ابى يوسف انه لايقطع وهذا الخلاف فيما اذا اختار تضمين النقصان واخذ الثوب فان اختار تضمين القيمة وترك الثوب عليه لايقطع بالاتفاق وهذا كله اذا كان النقصان فاحشا فان كان يسيرا يقطع بالاتفاق لانعدام سبب الملك اذ ليس فيه اختيار تضمين كل القيمة اه كما فى الهداية وفى الفتح قال فى الفوائد الخبازية وفى الصحيح لايضمن النقصان لئلا يجتمع القطع مع الضمان ولانه لو ضمن النقصان يملك ماضمنه فيكون هذا الثوب مشتركا بينهما فلا يجب القطع لكنه يجب بالاجماع فلا يضمن النقصان والحق ماذكر فى عامة الكتب الامهات انه يقطع ويضمن النقصان والنص بالاستهلاك غير وارد ثم قال الكمال واعلم ان الخرق يكون يسيرا ويكون فاحشا وتارة يكون اتلافا واستهلاكا وفيه يجب ضمان كل القيمة بالاختيار لانه استهلاك وعلى هذا لايقطع لانه ماتمت السرقة الا بما يملكه بالضمان وقد حده التمرتاشى بأن ينقص اكثر من نصف القيمة واما الخرق الفاحش فقيل مايوجب نقصان ربع القيمة فصاعدا فاحش والا فيسير ولابد ان يكون معنى فصاعدا مالم ينته الى مايه يصير اتلافا والصحيح ان الفاحش مايفوت به بعض العين وبعض المنفعة واليسير مايفوت به شئ من المنفعة ذكره التمرتاشى اه (قوله وقالا لا يرد بناء على انها صنعة متقومة) يشير الى انه يقطع عندهما وهو احد قولين ذكرهما فى الهداية بقوله ثم وجوب الحد لا يشكل على قوله لانه لم يملكه وقيل على قولهما لا يجب لانه ملكه قبل القطع وقيل يجب لانه صار بالصنعة شيأ آخر فلم يملك عينه اه (قوله (من) سرق فى ولاية سلطان الخ) ذكره فى الفيض وفى مختصر الظهيرية معزوا الى الامام الاجل الشهيد اه ﴿ باب قطع الطريق ﴾ انما اخر هذه عن الصغرى لانها اكثر وجودا وسميت هذه سرقة ايضا لمسارقة عين الامام او من يقوم مقامه وسميت كبرى لان ضرر قطع الطريق على اصحاب الاموال وعلى عامة المسلمين بانقطاع الطريق ولهذا غلط الحد فيها بخلاف الصغرى

(من قصده) اى قطع الطريق سواء كان جماعة ممتنعين عن طاعة الامام فقصدوه او واحدا يقدر على الامتناع فقصده وهو مبتدأ خبره قوله الآتى حبس (معصوما) اى حال كون القاصد معصوم الدم بان كان مسلما او ذميا فانه ان كان مستأمنا فى اقامة الحد عليه خلاف (على معصوم) متعلق بالضمير البارز فى قصده اى قصد القطع على مسلم او ذمى حتى لو قطعه على مستأمن لا يجب عليه الحد (فأخذ) اى امسك (قبل اخذ شئ) من المارة (و) قبل (قتل) لواحد منهم او اكثر (حبس) بعد التعزير لمباشرته منكرا (حتى يتوب) لا بمجرد القول بل بان يظهر فيه سيماء الصلحاء (وان اخذ) اى القاصد (مالا) ونصيب كل منه نصاب (قطع يده ورجله من خلاف) ان كان صحيح الاطراف كذا فى تحفة الفقهاء (وان قتل بلا اخذ قتل حدا) لا قصاصا (فلا يعفو عنه ولى) تفريع على كونه حدا ولو كان قصاصا لعفا ولى القصاص (وان قتل واخذ قطع ثم قتل او صلب عطف على قتل (اوقتل) عطف على قطع اى قتل ابتداء بلا قطع ثم قتل او صلب (او صلب حيا ويبعج) اى يشق بطنه برمح (حتى يموت) والاصل فيه قوله تعالى انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله الآية اى يحاربون اولياء الله على حذف المضاف لان احدا لا يحارب الله تعالى ولان المسافر فى البرارى والفيافى فى امان الله تعالى وحفظه فالمتعرض له كأنه يحارب الله تعالى والمراد به التوزيع على الاحوال كأنه قال ان يقتلوا ان قتلوا الخ لا التخيير كما قال مالك متشبثا بظاهره اذ ثبت ذلك بقوله عليه الصلاة والسلام من اخذ المال قطع ومن قتل قتل ومن اخذ المال وقتل صلب وقد روى ان جبريل عليه السلام نزل بهذا التقسيم فى اصحاب ابى بردة (ويترك) مصلوبا ثلاثة ايام ليعتبر به غيره لا اكثر منها لانه يتغير بعدها فيتأذى الناس به (وما اخذ فتلف) او اتلف (لا يضمن) يعنى اذا قتل القاطع فلا ضمان عليه فى مال اخذه اعتبارا بالسرقة الصغرى وقد مر (وبقتل احدهم حدوا) لانه جزاء المحاربة وهى تتحقق بان يكون البعض ردا للبعض حتى اذا زلت اقدامهم انحازوا اليهم والشرط هو القتل من احد منهم وقد وجد (وحجر وعصا لهم كالسيف) لان قطع الطريق يحصل بالقتل باى آلة كانت بل بمجرد اخذ المال او الاخافة (وان جرح واخذ) المال (قطع) اى قطع يده ورجله من خلاف (وهدر جرحه) لان الحد لما وجب حقا لله تعالى سقطت عصمة النفس حقا للعبد كما تسقط عصمة المال لان القطع مع الضمان لا يجتمعان (وان جرح فقط) اى لم يقتل ولم يأخذ مالا جواب هذا الشرط قوله الآتى فلا حد (اوقتل عمدا) بحديدة (واخذ المال فتاب) قبل ان يمسك (اوكان فيهم غير مكلف) اى صبى او مجنون (اوذو رحم محرم من المارة او قطع بعض المارة على البعض اوقطع الطريق ليلا او نهارا بمصر او بين مصرين متقاربين فلا حد) اما سقوطه اذا جرح فقط فلان هذه الجناية ليس فيها حد فلا

(قوله من قصده معصوما) شامل للعبد والمرأة وهو ظاهر الرواية واختاره الطحاوى لان الواجب قتل وقطع وهى كالرجل فى جل كل عليها عند تحقق سببه منها كما فى الفتح (قوله حتى ﴿ ٨٥ ﴾ لو قطعه على مستأمن لا يجب الحد) اى ويضمن المال بثبوت عصمة ماله حالا وان لم يكن على التابيد ومحل عدم الحد بالقطع على المستأمن فيما اذا كان منفردا اما اذا كان مع القافلة فانه يجب الحد على القطاع ولا يصير شبهة بخلاف اختلاط ذى الرحم بالقافلة كما فى الفتح (قوله ونصيب كل منه نصاب) اى قدر عشرة دراهم مضروبة كما فى السرقة الصغرى (قوله وان قتل واخذ قطع ثم قتل او صلب الخ) المراد الجمع بين جميع هذه الثلاثة وعطفه القتل بثم ظاهر فى افادة تقديم القطع على القتل وفى الفتح والبرهان عطفه بالواو (قوله او صلب حيا) كيفية الصلب ان تغرز خشبة فى الارض ثم يربط عليها خشبة اخرى عرضا فيضع قدميه عليها ويربط من اعلاها خشبة اخرى ويربط عليها يديه كذا فى الجوهرة (قوله ويبعج) قال فى الجوهرة ثم يطعن بالرمح فى ثديه الايسر ويخضخض بطنه برمح الى ان يموت (قوله اى يحاربون اولياء الله) قال الكمال اى يحاربون عباد الله وهو احسن من تقدير اولياء الله لان هذا الحكم يثبت بالقطع على الكافر الذمى ثم قوله تعالى يحاربون الله ورسوله محاربته لرسول الله صلى الله عليه وسلم اما باعتبار عصيان امره واما باعتبار ان الرسول صلى الله عليه وسلم هو الحافظ لطريق المسلمين والخلفاء والملوك بعده نوابه واذا قطع الطريق التى تولى حفظها بنفسه ونائبه فقد حاربه (قوله لا اكثر منها) قال الزيلعى وعن ابى يوسف انه يترك على خشبته حتى يتقطع ويسقط لانه ابلغ فى الارداع (قوله فلا ضمان عليه فى مال اخذه) كذا لا يضمن ما قتل وما جرح كما فى التبيين (قوله وبقتل احدهم حدوا) او قال وبمباشرة احدهم حدوا لكان اولى لشموله غير القتل (قوله اوكان فيهم غير مكلف) كذا لو كان اخرس كما فى النهر (قوله او مصرين) اى بين مصرين (قوله اوقطع بعض المارة الخ) لو قال بعض القافلة لكان صوابا

يسقط حق العبد اذ سقوطه في ضمن استيفاء الحد ولم يوجد فيبقى حقه (فللولي القصاص) ان كانت الجراحة مما فيه القصاص (او الارش) ان كانت مما فيه الارش (في الاولى) من الصور المذكورة وهي ما اذا جرح فقط واما سقوطه اذا اخذ بعدما تاب وقد قتل عمدا او اخذ المال فلقوله تعالى الا الذين تابوا من قبل ان تقدروا عليهم فاذا سقط ظهر حق العبد فيه (و) يكون (له) اي للولي (القود) اي قتل القاطع (او العفو في غيرها) من الصور المذكورة واما اذا كان فيهم غير مكلف او ذو رحم محرم فلانه جناية واحدة قامت بالكل فاذا لم يقع فعل بعضهم موجبا كان فعل الباقين بعض العلة وبه لا يثبت الحكم واذا سقط الحد صار القتل الى الاولياء ان شاؤا قتلوا وان شاؤا عفوا واما اذا قطع بعض المارة على البعض فلان الحرز واحد فصارت القافلة كدار واحدة واما اذا قطع ليلا او نهارا بمصر او بين مصرين متقاربين فلان الظاهر لحوق الغوث الا انهم يؤخذون برد المال ايصالا للمال الى المستحق ويؤدبون ويحبسون لارتكابهم الجناية ولو قتلوا فالامر الى الاولياء وعن ابي يوسف انهم لو كانوا في المصر ليلا او فيما بينهم وبين المصر اقل من مسيرة سفر تجري عليهم احكام قطاع الطريق قال في الاختيار وعليه الفتوى لمصلحة الناس وهي دفع شر المتغلبة المتلصصة (وفي الخنق) بكسر النون مصدر خنق يعني اذا خنق رجلا حتى قتله فعليه (دية) وسيأتي وجهه في الجنايات ان شاء الله تعالى (ومن اعتاده في المصر قتل به) لانه صار ساعيا في الارض بالفساد فيدفع شره بالقتل (مع القطاع امرأة فقتلت واخذت المال دون الرجال لم يقتل) المرأة (وقتل الرجال عشر نسوة قطعن الطريق واخذن المال وقتلن قتلن وضمن المال) كذا في المنية

كتاب الاشربة

لا يخفى وجه مناسبة هذا الكتاب لكتاب الحدود والقوم اخروه الى آخر الكتاب وهي جمع شراب (والشراب) لغة كل ما يشرب مسكرا كان او لا وشرعا (مائع مسكر) اعلم ان جميع ما يستخرج منه الاشربة اربعة العنب والتمر والزبيب والحبوب كالحنطة والشعير والذرة ثم الماء المستخرج منها حالتان نيء ومطبوخ والمطبوخ قد يطبخ حتى يبقى ثلثه وقد يطبخ حتى يبقى ثلثاه وقد يطبخ حتى يبقى نصفه والحرام من الاشربة ايضا اربعة والحلال ايضا اربعة اما الحرام فبين الاول منه بقوله (حرمت الخمر وان قلت وهي التي من ماء العنب اذا غلى واشتد وقذف بالزبد) خص هذا الاسم بهذا الشراب باجماع اهل اللغة وقيل كل مسكر خمر لانها انما سميت خمرا لمخامرتها العقل وسائر المسكرات كذلك قلنا لا نسلم ذلك بل انما سميت به لاختمارها قال ابن الاعرابي سميت الخمر خمرا لانها تركت فاختمرت واختمارها تغير ريحها كذا في الصحاح ولو سلم فلا نسلم ان رعاية المعنى بسبب الاطلاق بل بسبب الوضع وترجيح الاسم على الغير فان القارورة سميت بها لقرار المائع فيها ولا تطلق على الدن والكوز وقد تقرر في موضعه ان القياس لا يجري في اللغة ثم القذف بالزبد شرط

(قوله ويكون له القود او العفو في غيرهما) القيد غير احترازي لان له العفو في الاولى ايضا كما في النهر (قوله مع القطاع امرأة الخ) هذا غير ظاهر الرواية كما قدمناه وهو رواية هشام في نوادره عن ابي يوسف وقال محمد يقام الحد عليها اي المرأة ولا يقام عليهم وذكر ابن سماعة عن محمد عن ابي حنيفة انه يدرأ عنهم جميعا لكون المرأة فيهم وجعل المرأة كالصبي اه قال الكمال ثم يجب ممن يذكره مع نص المبسوط منسوبا الى ظاهر الرواية ان المرأة كالرجال مع مساعدة الوجه له (قوله عشر نسوة الخ) هو كذلك مبني على غير ظاهر الرواية كما في الفتح والعجب من المصنف رحمه الله ذكر هذا مع اشارة الكنز الى خلافه بقوله او كان بعض القطاع غير مكلف اه

كتاب الاشربة

(قوله اعلم ان جميع ما يستخرج منه الاشربة الخ) الحصر غير مسلم فان الفواكه نحو الفرصاد والاجاص والشهد والالبان من الاعيان التي يتخذ منها الاشربة كما ذكره قاضيخان على ان المصنف ذكر ما يتخذ من الالبان فيما يأتي (قوله وهي التي) بكسر النون وتشديد الياء قاله العيني (قوله بل انما سميت به لاختمارها) قال العيني واما غيرها فلكل واحد له اسم مثل المثلث والباذق واطلاق الخمر عليهما مجاز (تنبيه) لم يتعرض المصنف لنوع يسمى العرقي يستخرج بالاستقطار من فضلات الخمر ونجاسته معلومة مغلظة كاصله لكن ليس حكم هذا الخمر بالنظر لعدم اكفار مستحله وعدم الحد بدون سكر لانه ليس خمرا فلا يلحق بها من كل وجه فليتأمل في حكم العرقي ثم رأيت مثل هذا في شرح النقاية للقهستاني فليراجع (قوله ثم القذف بالزبد شرط عنده وعندهما اذا اشتد صار مسكرا قذف بالزبد اولا) لعل صوابه صار خمرا كما هي عبارة المنح وقولهما هو الاظهر كما في المواهب وقال قاضيخان وعن (عنده) الشيخ الامام ابي حفص الكبير البخاري رحمه الله انه اخذ بقولهما

عنده وعندهما اذا اشتد صار مسكرا قذف بالزبد اولا وبين الثانى بقوله (كذا الطلاء وهو ماء عنب طبخ فذهب اقل من ثلثيه كذا فى الهداية والكافى وقال فى المحيط الطلاء اسم للمثلث وهو ما طبخ من ماء العنب حتى ذهب ثلثاه وبقى ثلثه وصار مسكرا قال الزيلعى وهو الصواب لما روى ان كبار الصحابة رضى الله تعالى عنهم كانوا يشربون من الطلاء وهو ما ذهب ثلثاه وبقى ثلثه (وغلظا) اى الخمر وما ذهب اقل من ثلثيه (نجاسة) اما الخمر فلثبوتها بالدلائل القطعية حيث سماها الله رجسا وهو اسم للحرام النجس العين كذا فى الكافى ووردت الاحاديث المتواترة المعنى فيه واما ما ذهب اقل من ثلثيه فلانه حينئذ يكون فى حكم الخمر وبين الثالث بقوله (و) حرم السكر وهو النئ من (ماء الرطب) كذا فى الهداية والكافى وبين الرابع بقوله (ونقيع الزبيب نيا اذا غلت) اى الطلاء والسكر والنقيع (واشتدت وقذفت بالزبد) فان هذه الاشربة انما تحرم عند ابى حنيفة اذا حصلت لها هذه الصفات الثلاث وعندهما يكفى الاشتداد كما فى الخمر (وحرمة الخمر اقوى) من حرمة الثلاثة الباقية لثبوتها بدلائل لا شبهة فيها اصلا كما مر (فيكفر مستحلها ولم يجز بيعها ولم يضمن متلفها) الا ان تكون لذمى (ويحد شاربها ولو قطرة وشارب غيرها ان سكر) واما الحلال فبين الاول بقوله (وحل المثلث العنبى) وهو ما طبخ من ماء العنب حتى ذهب ثلثاه وبقى ثلثه (وان غلى واشتد وسكن) من الغليان هذا عند ابى حنيفة وابى يوسف وعند محمد ومالك والشافعى قليله وكثيره حرام سئل ابو حفص الكبير عنه فقال لا يحل شربه فقيل خالفت ابا حنيفة وابا يوسف فقال لا لانهما احلاه لاستمراء الطعام والناس فى زماننا يشربون للفجور والتلهى فعلم ان الخلاف فيما اذا قصد به التقوى فاما اذا قصد به التلهى فلا يحل اتفاقا والذى يصب عليه الماء بعد ما ذهب ثلثاه بالطبخ حتى يرق ثم يطبخ طبخة حكمه حكم المثلث لان صب الماء عليه لا يزيده الا ضعفا بخلاف ما اذا صب الماء على العصير ثم يطبخ حتى يذهب ثلثا الكل لان الماء يذهب اولا لطافته او يذهب منهما فلا يكون الذاهب ثلثى ماء العنب وبين الثانى بقوله (وحل نبيذ التمر والزبيب مطبوخا ادنى طبخة وان غلى واشتد وسكن) من الغليان عندهما وعند محمد والشافعى حرام والكلام فيه كالكلام فى المثلث المذكور وبين الثالث بقوله (و) حل (الخليطان) وهو ان يجمع بين ماء التمر والزبيب مطبوخا ادنى طبخة ويترك الى ان يغلى ويشتد فانه ايضا يحل اذا شرب ما لم يسكر بلا لهو وطرب وبين الرابع بقوله (و) حل (نبيذ العسل والتين والبر والشعير والذرة وان لم يطبخ) وهل يحد فى هذه الاشربة اذا سكر منها قيل لا يحد قالوا الاصح انه يحد بلا تفصيل بين المطبوخ والنئ لان الفساق يجتمعون عليها فى زماننا كاجتماعهم على سائر الاشربة المحرمة بل فوق ذلك وكذا المتخذ من الالبان اذا اشتد (اذا شربت) قيد لقوله حل اى حل هذه الاشربة الاربعة اذا شربت (ما لم تسكر) واذا اسكر واحد منها كان القدح الاخير حراما لانه المفسد (بلا لهو وطرب) متعلق بقوله شربت وهذا القيد غير مختص بهذه الاشربة بل اذا شرب الماء وغيره من المباحات بلهو وطرب على هيئة الفسقة حرمت اعلم ان السكر

(قوله كذا الطلاء) كذا سماه بالطلاء فى الجامع الصغير ويسمى المصنف على ما فسره ابو الليث فى شرح الجامع الصغير ويسمى الباذق ايضا او المصنف لذاهب النصف والباذق لذاهب مادونه كما فى البرهان وانما سمى بالطلاء لقول عمر رضى الله عنه ما اشبه هذا بطلاء البعير وهو القطران الذى يطلى به البعير اذا كان به جرب ذكره العينى (قوله وفى المحيط الطلاء اسم للمثلث وهو ما طبخ من ماء العنب حتى ذهب ثلثاه وبقى ثلثه وصار مسكرا قال الزيلعى وهو الصواب) لا وجه لتصويبه لا حكما ولا تسمية اما حكما فلان المحكوم بحرمته فى الهداية والكافى والكنز هو العصير الذى ذهب اقل من ثلثيه وهو غير ما فى المحيط فانه الذى ذهب ثلثاه ولا خلاف فى الطرفين واما تسمية فلان الطلاء يطلق بالاشتراك على اشياء كثيرة منها العصير الذى ذهب اقل من ثلثيه والذى ذهب نصفه والذى ذهب ثلثاه والذى ذهب ثلثه ويسمى بالطلاء كل ما طبخ من عصير العنب مطلقا فلا اعتراض على الكنز ولا على الهداية والكافى لا حكما ولا تسمية (قوله وغلظا) اى الخمر وما ذهب اقل من ثلثيه نجاسة تغليظ الطلاء نجاسة على احدى الروايتين كما فى الخانية وشرح العينى (قوله فلانه حينئذ يكون فى حكم الخمر) يعنى حرمة ونجاسة غليظة لا فى الحكم بكفر مستحله ولا الحد بشرب ما دون المسكر منه ويضمن بالاتلاف ويصح بيعها عند الامام لقول المصنف فيما بعد وحرمة الخمر اقوى من حرمة الثلاثة الباقية (قوله وحرم السكر الخ) لم يبين حكم نجاسة السكر ونقيع الزبيب وهى خفيفة رواية فى غليظة فى اخرى كما قاله العينى (قوله مطبوخا ادنى طبخة) قال الزيلعى وهو ان يطبخ الى ان ينضج (قوله وعند محمد والشافعى حرام) قال فى البرهان والحقها محمد كلها بالخمر فى المشهور عنه كالشافعى ومالك وبه يفتى وذكر ادلته من صحيح مسلم وابن حبان والكتب الستة وغيرها (قوله قيل لا يحد) قاله فى المبسوط كما فى البرهان

(قوله لانهما من الكيفيات النفسانية دون الافعال الاختيارية) اقول بجرد الامر النفساني لايكون ايمانا ولا كفرا اذالا يمان من ابد لا لجزم به اعتقادا مع القول وهو النطق بالشهادتين اوبدونه والكفر

يوجد بارادته لتبدل الاعتقاد لا بمجرد علمه ولا وجه لنفيه كون الاسلام والكفر من الافعال الاختيارية لحصولهما باسبابها وقد ناقض نفسه بما قدمه في كتاب الاستحسان مخالفا لهذا وبسطناه برسالة سميناها مراقي العلا في تحرير مسئلة حقيقة الايمان وضده والطلا (قوله ولا يكره تخليلها) اي فيكون مباحا وقد يقال انه يكون واجبا لحفظ المال من الضياع مع القدرة عليه فان الخمر مال في الجملة حتى صح توكيل مسلم ذميا ببيعها وان لم تكن مضمونة بالاتلاف له كجلد الميتة (قوله والانتباذ) قال الزيلعي وان انتبذ فيها قبل استعمالها في الخمر لا اشكال في حله وطهارته وان استعمل فيها الخمر ثم انتبذ فيها ينظر فان كان الوعاء عتيقا يطهر بغسله ثلاثا وان كان جديدا لا يطهر عند محمد بخلاف العتيق وعند ابي يوسف يغسل ثلاثا ويجفف كل مرة وهي من مسائل غسل ما لا ينعصر وقيل عند ابي يوسف يملأ مرة بعد اخرى حتى اذا خرج الماء صافيا غير متغير لونا او طعما او ريحا حكم بطهارتة اه فرع مهم من التبيين ذكر في النهاية ان الاستشفاء بالحرام جائز اذا علم ان فيه شفاء وليس له دواء آخر غيره وعزاه الى الذخيرة

حالة تعرض للانسان من امتلاء دماغه من الابخرة المتصاعدة اليه فيتعطل معه عقله المميز بين الامور الحسنة والقبيحة وهو حرام بالاجماع لكن الطريق المفضي اليه قد يكون ايضا حراما كما في الاربعة السابقة وقد يكون مباحا كما في الاربعة اللاحقة وسكر المضطر الى شرب الخمر والسكر الحاصل من الادوية والاغذية المتخذة من غير العنب فان قيل الحل والحرمة من صفات الافعال الاختيارية حتى ان الحرام يكون واجب الترك والسكر على ماذكر ليس بفعل فضلا عن كونه اختياريا قلنا معنى كونه حراما حرمة المباشرة الى تحصيله واكتساب اسباب حصوله كما قالوا في بيان وجوب الايمان وحرمة الكفر بانهما من الكيفيات النفسانية دون الافعال الاختيارية فتدبر (وخل الخمر) عطف على المثلث اي حل خل الخمر اي الخل الذي يتحول الخمر اليه (ولو) كان تحويله (بعلاج) كالقاء الملح والخبز مثلا اليها (ولا يكره تخليلها) وقال الشافعي يكره ولا يحل الخل الحاصل به ان كان بالقاء شيء فيه قولا واحدا وان كان بدونه فله في الحل قولان (والانتباذ) اي حل اتخاذ النبيذ (في الدبا) وهو القرع (والحنتم) وهو الجرة الخضراء (والمزفت) وهو الظرف المطلى بالزفت (والنقير) وهو ظرف يكون من الخشب المنقور فان هذه الظروف كانت مختصة بالخمر فلما حرمت حرم النبي صلى الله عليه وسلم استعمال هذه الظروف اما لان فيه تشبها بشرب الخمر واما لان فيها اثر الخمر فلما مضى مدة اباح النبي صلى الله عليه وسلم استعمالها وايضا بالغ في ابتداء تحريم شيء ويشدد ليتركه الناس مرة فاذا تركوه واستقر الامر يزول التشديد (وكره شرب دردي الخمر والامتشاط به) اراد بالكراهة الحرمة لان فيه اجزاء الخمر وعبر به لعدم القاطع فيه كما مر في اول كتاب الكراهية والاستحسان (ولا يحد شاربه بلا سكر) لان وجوب الحد في قليل الخمر لكونه داعيا الى الكثير والدردي ليس كذلك فاعتبر حقيقة السكر

كتاب الجنايات

لا يخفى وجه مناسبة هذا الكتاب لكتاب الحدود والاشربة الجناية اسم لفعل محرم شرعا سواء تعلق بمال او نفس وفي اصطلاح الفقهاء خصت بما تعلق بالنفوس والاطراف وخص الغصب والسرقة بما تعلق بالاموال (القتل) وهو فعل موثر في ازهاق الروح وهو على ماذكر في المبسوط ثلاثة اقسام عمد وخطأ وشبه عمد وكان ابو بكر الرازي يقول هو خمسة اقسام عمد وشبه عمد وخطأ وجار مجرى الخطأ وقتل بسبب واختاره المتأخرون والمراد به بيان انواع قتل يتعلق به الاحكام الآتية والا فالقتل انواع كثيرة كالرجم والقصاص وقتل الحربي والقتل صلبا في حق قطاع الطريق بين الاول بقوله (اما عمد وهو قتل آدمي قصدا) احترز به عن الخطأ ولا يخفى ما في قول الوقاية ضربه قصدا من التسامح (بنحو سلاح) اي بسلاح ونحوه (في تفريق الاجزاء) فان القصد فعل القلب لا يتوقف عليه فاقيم استعمال الآلة القاتلة غالبا مقامه تيسيرا كما اقيم السفر مقام المشقة (كليطة ونار وزجاج ومحدد من خشب اوحجر) فان الآلة القاتلة غالبا هي المحدودة لانها هي المعدة للقتل

كتاب الجنايات

(قوله وفي اصطلاح الفقهاء خصت) يعني في هذا الباب والا فالجنايات الحج لم تتعلق بنفس الآدمي ولا اطرافه مع اطلاق الفقهاء عليها الجناية (قوله ومحدد خشب ومحدد حجر) لم ار فيه خلافا والخلاف في المثقل من الحديد ونحوه كالنحاس (حتى)

حتى او ضربه بحجر كبير او خشب كبير او بصنجة حديد او نحاس لا يجب القصاص عند ابى حنيفة وسيأتى فى شبه العمد وفى الخانية ان الجرح لا يشترط فى الحديد وما يشبهه كالنحاس وغيره فى ظاهر الرواية (وشرطه) اى شرط القتل العمد (كون القاتل مكلفا) اى عاقلا بالغا لما مر فى اول الحدود ان غير المكلف ليس اهل للعقوبات وقال فى الخلاصة ليس للصبي والمجنون عمد وهو خطأ منهما (و) كون (المقتول معصوم الدم) بان يكون مسلما او ذميا (ابدا) احتراز عن المستأمن فان عصمة دمه مؤقت الى رجوعه (بالنظر الى القاتل) احترازعما اذا قتل زيد بكرا عمدا حتى وجب عليه القصاص ثم قتل بشر زيدا فان زيدا لم يكن معصوم الدم بالنظر الى اولياء بكر لكنه كان معصوم الدم بالنظر الى بشر ابدا ولذا وجب على بشر القصاص ان كان قتل زيدا عمدا والدية ان كان خطأ كما سيأتى (وان لا يكون بينهما) اى بين القاتل والمقتول (شبهة ولاد و) شبهة (ملك) لما سيأتى ان القتل حينئذ لا يكون عمدا حتى يترتب عليه القصاص (وحكمه الاثم) لقوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها وقد ورد فيه احاديث كثيرة وانعقد عليه الاجماع (والقود عينا) وقال الشافعى هو غير متعين بل الولى مخير بينه وبين اخذ الدية ولنا قوله تعالى كتب عليكم القصاص فى القتلى والمراد به العمد لانه اوجب فى الخطأ الدية لقوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ الآية ولانه قال النبى صلى الله تعالى عليه وسلم العمد قود اى موجبه القود فان نفس العمد لا يكون قودا اقول فى كل من الدليلين اشكال اما فى الاول فهو ان من القواعد المقررة فى الاصول ان التخصيص بالذكر لا يدل على الحصر فتخصيص الخطأ بالذكر لا يدل على قصر الدية على الخطأ بل يجوز ان تكون الدية مشتركة بين العمد والخطأ كما ذهب اليه الشافعى واما فى الثانى فهو ان من القواعد المقررة فى الاصول ايضا ان تقييد المطلق نسخ وهو لا يجوز بخبر الواحد والظاهر ان هذا الحديث كذلك ومن ادعى الشهرة فعليه البيان وان تخصيص عام الكتاب بخبر الواحد قبل ان يخصص بكلام مستقل موصول لا يجوز ولفظ القتلى فى الآية اما مطلق او عام وعلى التقديرين لا يجوز العمل بخبر الواحد بل الوجه ان يقال ان الآيات يفسر بعضها بعضا فقوله تعالى ولكم فى القصاص حياة يدل ان موجب العمد هو القصاص فقط لان معنى الآية على ما ذكر فى التفاسير وكتب المعانى ان القاتل اذا لاحظ انه اذا قتل ارتدع بالضرورة عن القتل فاذا لم يقتل لم يقتل فيبقيان على الحياة وظاهر ان هذا مختص بالعمد فان القاتل فى الخطأ لا يقتل بل يتخلص بالدية وبه يظهر الرد على الشافعى فيما ذهب اليه فليتأمل فانه مما تفردت به والحمد لله ملهم الصواب واليه المرجع والمآب (الا ان يعفو وليه) بلا بدل (او يصالح ببدل) لان الحق له (و) حكمه ايضا (حرمان الارث) لقوله صلى الله عليه وسلم لا ميراث لقاتل (ولا كفارة فيه) اى فى العمد عندنا سواء كان عمدا يجب فيه القصاص اولا كالاب اذا قتل ابنه عمدا ورجل قتل من اسلم فى دار الحرب ولم يهاجر الينا عمدا كذا فى النهاية وقال الشافعى تجب الكفارة لانها شرعت كاسمها ماحية للاثم والاثم فى العمد

(**قوله** بصنجة حديد او نحاس لا يجب القصاص عند ابى حنيفة) يعنى فى غير ظاهر الرواية لقوله بعده وفى الخانية ان الجرح لا يشترط فى الحديد وما يشبهه كالنحاس وغيره فى ظاهر الرواية اهـ ومقابل ظاهر الرواية رواية الطحاوى عن ابى حنيفة وقال فى الخلاصة على هذه الرواية اى رواية الطحاوى يعتبر الجرح سواء كان حديدا او عودا او حجرا بعد ان يكون آلة يقصد بها الجرح قال الصدر الشهيد فى نسخته وهو الاصح ان المعتبر عند ابى حنيفة الجرح اهـ (**قوله** وسيأتى فى شبه العمد) لم يستوف ثمة جميع ما ذكرنا اذ لم يذكر فيه ضربه بصنجة حديد او نحاس ولكنه ذكره باب ما يوجب القود (**قوله** ومن ادعى الشهرة فعليه البيان) بيانه ما قال العزى فى شرحه قد صرح الاكمل فى العناية بأن الحديث مشهور على انا لا نسلم ان العام لم يخص اولا بل خص منه ما لو قتل غير محقون الدم على التأبيد وخص منه قاتل من بينه وبينه شبهة ولاد او شبهة ملك فاذ كره المصنف لم يقع موقع القبول اهـ (**قوله** او يصالح) هو عفو ايضا الا انه ببدل كالخطأ يعنى وشبه العمد

اكثر فكان ادعى الى ايجاب الكفارة ولنا ان الكفارة دائرة بين العبادة والعقوبة كما مر في اليمين الغموس فلا تجب الا بسبب دائر بين الحظر والاباحة كالخطأ فانه بالنظر الى اصل الفعل مباح وبالنظر الى المحل الذي اصابه حرام بسبب ترك التثبت وذكر الثاني بقوله (واما شبه العمد وهو قتله قصدا بغير ما ذكر) في العمد كالعصا والسوط والحجر الصغير واما الضرب بالحجر والخشب الكبيرين فمن شبه العمد ايضا عند ابي حنيفة خلافا لغيره سمي به لان في هذا الفعل معنى العمدية باعتبار عدم قصد الفاعل الى الضرب ومعنى الخطأ باعتبار عدم قصده الى القتل لان الآلة التي استعملها ليست بآلة القتل والعاقل انما يقصد الى كل فعل بآلته فاستعماله غير آلة القتل دليل على عدم قصده اليه فكان خطأ يشبه العمد (وحكمه الاثم) لقصده ما هو محرم شرعا (والكفارة) لانه خطأ نظرا الى الآلة فدخل تحت قوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ الآية وبين الكفارة بقوله (تحرير رقبة مؤمنة ان قدر عليه والا) اي وان لم يقدر (فصيام شهرين متتابعين) لقوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة الآية والاطعام غير مشروع فيه لانه غير منصوص عليه واثبات الابدال بالرأي لا يجوز ويجزيه رضيع احد ابويه مسلم لانه مسلم لتبعيته خير الابوين دينا والسلامة في اطرافه ثابتة ظاهرا وغالبا ولا يجزيه ما في البطن لانه عضو من وجه فلم يدخل تحت اسم الرقبة (ودية مغلظة على العاقلة) وسيأتي بيانها ان شاء الله تعالى (بلا قود) اي ليس فيه قود لشبهه بالخطأ كما عرفت (وهو) اي شبه العمد (فيما دون النفس) من الاطراف (عمد) يعني اذا جرح عضوا بآلة جارحة وجب فيه القصاص ان كان مما راعى فيه المماثلة كما سيأتي (فليس فيه) اي فيما دون النفس (شبه) اي شبه العمد كما لو كان في النفس لان اتلاف النفس يختلف باختلاف الآلة وما دون النفس ليس كذلك وذكر الثالث بقوله (واما خطأ وهو اما في القصد كرميه مسلما ولو عبدا يظنه صيدا او حربيا) فانه لم يخطئ في الفعل حيث اصاب ما قصد رميه وانما اخطأ في القصد اي في الظن حيث ظن الآدمي صيدا والمسلم حربيا وانما قال ولو عبدا لدفع توهم ان العبد مال وضمان الاموال لا يكون على العاقلة فان المعتبر آدميته لا ماليته (او) خطأ (في الفعل كرميه غرضا فأصاب آدميا) فانه اخطأ في الفعل لا القصد فيكون معذورا لاختلاف المحل بخلاف ما اذا تعمد الضرب موضعا من جسده فأصاب موضعا آخر منه فمات حيث يجب القصاص اذ جميع البدن محل واحد فيما يرجع الى مقصوده فلا يعذر وانما صار الخطأ نوعين لان الانسان يتصرف بفعل القلب والجوارح فيحتمل في كل منهما الخطأ على الانفراد كما ذكر او الاجتماع بان يرمي آدميا يظنه صيدا فأصاب غيره من الناس وذكر الرابع بقوله (واما جار مجرى الخطأ كنائم انقلب على رجل او سقط من السطح عليه فقتله) فان هذا ليس بخطأ حقيقة لعدم قصد النائم الى شيء حتى يكون مخطئا لمقصوده لكن لما وجد فعله حقيقة وجب عليه ضمان ما اتلفه كفعل الطفل فجعل كالخطأ لانه معذور كالمخطئ (وحكمهما) اي حكم الخطأ والجاري مجراه (الاثم دون اثم القتل) اما الاثم فلترك التحرز فان

(قوله خلافا لغيره) اي كصاحبيه

(قوله وحكمه الاثم) من حكم شبه العمد حرمان الارث ايضا وكان ينبغي ذكره كما ذكره فيما قبله وبعده ولكنه سيذكره ما يفيده (قوله والكفارة) هو الصحيح وقال صاحب الايضاح وجدت في كتب اصحابنا انه لا كفارة في شبه العمد عند ابي حنيفة والصحيح هو الوجوب كما في البرهان (قوله والسلامة في اطرافه ثابتة ظاهرا وغالبا) الفرق بين هذا وبين عدم وجوب ضمان دية اطرافه في الجناية عليها ان الحاجة في التكفير لدفع الواجب والظاهر يصلح حجة له والحاجة في الاتلاف الى الزام الضمان وهو لا يصلح حجة فيه ولانه يظهر حال الاطراف فيما بعد التكفير اذا عاش ولا كذلك في الاتلاف فافترقا كذا في منح الغفار للغزي (قوله يعني اذا جرح عضوا بآلة جارحة وجب فيه القصاص الخ) فيه نظر لان قوله بعده لان اتلاف النفس يختلف باختلاف الآلة وما دون النفس ليس كذلك مناقض لكلامه هذا (قوله كما سيأتي) اي في القود فيما دون النفس

الافعال المباحة لانجوز مباشرتها الابشرط ان لايؤذى احدا فان آذى فقد ترك التحرز فاثم واما كونه دونه فلعدم القصد (والكفارة والدية) اما كونهما حكم الخطأ فبالنص واما كونهما حكم الجارى مجراه فظاهر (وحرمان الارث) لاحتمال ان يقصد استعجال الميراث والظهر من نفسه القصد الى محل آخر وان يكون متناوما ولم يكن نائما قصدا الى استعجال الارث وذكر الخامس بقوله (واماقتل بالسبب) اى بكونه سببا للقتل (كاتلافه بحفر البئر او وضع الحجر فى غير ملكه) قيد الحفر والوضع (او) وضع (خشبة على قارعة الطريق ونحوه) مما هو سبب للاتلاف (الان يمشى) المالك (عليه) اى على البئر ونحوه (بعد علمه بالحفر ونحوه) فحينئذ لايلزم شئ على الحافر ونحوه (وحكمه الدية على العاقلة) لان القاتل سبب التلف وهو متعد فيه فكأنه موقع فى البئر ودافع عليه الحجر فوجب الدية وهى على العاقلة (بلا كفارة ولا اثم القتل) لان القتل منه معدوم حقيقة والحق به الخطأ فى حق الضمان فبقى فى حق غيره على الاصل وانما قال ولا اثم القتل لانه يأثم بالحفر فى غير ملكه (ولا ارث الاهنا) لان الحرمان بسبب القتل ولا قتل هنا

﴿ باب مايوجب القود ومالايوجبه ﴾

(يجب بقتل معصوم الدم عمدا) قيد للقتل (بشرائط ذكرت) من كون القاتل مكلفا الخ (فيقتل الحر بالحر) لتمام المماثلة (وبالعبد) وعند الشافعى لايقتل الحر بالعبد لقوله تعالى الحر بالحر والعبد بالعبد ولنا الطلاق قوله تعالى ان النفس بالنفس والتخصيص بالذكر لاينفى ماعداه لايقال لودل اوجب ان لايقتل العبد بالحر لان الشافعى يجيب عنه بانه تفاوت الى النقصان فلا يمنع وبه يندفع ماقال صدر الشريعة على انه ان دل يجب ان لايقتل العبد بالحر لقوله تعالى العبد بالعبد (والمسلم بالذمى) وعند الشافعى لايقتل لقوله صلى الله عليه وسلم لايقتل مؤمن بكافر ولنا ماروى انه صلى الله عليه وسلم قتل مسلما بذمى وقول على رضى الله عنه انما اعطوا الجزية لتكون اموالهم كاموالنا ودماؤهم كدمائنا والمراد بماروى الحربى لسياقه ولاذو عهد فى عهده والعطف للمغايرة فكأنه قال لايقتل مؤمن ولاذمى بكافر فيكون مستأمنا ضرورة (لابهما) اى لايقتل مسلم وذمى (بمستأمن) غير معصوم الدم على التأبيد كامر (بل هو بمثله) اى يقتل المستأمن بالمستأمن قياسا للمساواة بينهما ولايقتل استحسانا لقيام مبيح القتل (و) يقتل (العاقل بالمجنون والبالغ بالصبى والصحيح بالاعمى والزمن وناقص الاطراف والرجل بالمرأة) للعمومات (والفرع باصله وان علا) لعدم المسقط (لاعكسه) اى لايقتل الاصل بفرعه يتناول الاب والجد والجدة لقوله صلى الله عليه وسلم لايقاد الوالد بولده (ولا سيد بعبده ومدبره ومكاتبه وعبد ولده) لانه لايستوجب لنفسه القصاص على نفسه ولاولده عليه (وعبد بعضه له) لان القصاص لايتجزأ (ولا) اى لايقتل (قاتل عبد الرهن حتى يجتمع عاقداه) اى الراهن والمرتهن لان المرتهن لاملك له فلايلى القصاص والراهن لوتولاه لبطل حق المرتهن فى الرهن فشرط اجتماعهما ليسقط حق المرتهن برضاه وذكر فى العيون والجامع الصغير لفخر الاسلام وغيرهما

(قوله ولا ارث الاهنا) مستغنى عنه فى الجملة لانه قدم كل واحد من الاقسام مع حكمه الاشبه العمد كاذكرنا

﴿ باب مايوجب القود ومالايوجبه ﴾

(قوله والفرع باصله وان علا) اى سواء كان من جهة الاب او الام (قوله ولا قاتل عبد الرهن حتى يجتمع عاقداه) قال فى شرح المجمع وانما وجب حضور المرتهن ليسقط حقه برضاه ولا يرجع به على الراهن وفيه نوع اشكال لان الاستيفاء قدتم بالهلاك فكيف يعتبر رضاه لسقوط حقه يمكن الجواب عنه بان الاستيفاء غير متعذر لاحتمال عدم القود اما بالصلح او بدعوى الشبهة فى القتل فيصير خطأ كذا فى الكفاية اه وحكم مااذا حضر احدهما واقتص يطلب من مجمع الروايات (قوله وذكر فى العيون الخ) قال فى الظهيرية وهو اقرب الى الفقه (قوله وغيرهما منه ما فى المحيط من المشى على عدم القود ولم يذكر خلافه ولو اجتمع الراهن ومرتهنه

ان القصاص لا يثبت لهما وان اجتمعا كذا فى الكافى (ولا قاتل مكاتب قتل عمدا عن وفاء) اى وقد ترك مايفى ببدله (و) عن (وارث وسيد وان اجتمعا) اى الوارث والسيد لان الصحابة رضى الله عنهم اختلفوا فى موته حرا او رقيقا فعلى الاول الولى هو الوارث وعلى الثانى المولى فاشتبه من له الحق وارتفع القصاص (فان لم يترك وارثا غير سيده او) ترك (ولا وفاء اقاد سيده) لتعينه لا قود بقتل مسلم مسلما ظنه مشركا بين الصفين بل يكفر ويدى) اى يعطى الدية لانه ليس بعمد بل خطأ (مات) شخص (بفعل نفسه) بان شج نفسه (و) فعل (زيد) بان شجه (واسد) بان عقره (وحية) بان لدغته (ضمن زيد ثلث الدية) لان فعل الاسد والحية جنس واحد فى كونه هدرا فى الدارين وفعل نفسه هدر فى الدنيا معتبر فى العقبى حتى يأثم بالاجماع وفعل الاجنبى معتبر فى الدارين فصارت الافعال ثلاثة اجناس فتوزع دية النفس اثلاثا فيكون التالف بفعل الاجنبى ثلثها فيلزمه ثلث الدية لكن فى ماله لانه عمد والعاقلة لا تعقل العمد كما سيأتى ان شاء الله تعالى (شهر سيفا على المسلمين وجب قتله) لقوله صلى الله عليه وسلم من شهر على المسلمين سيفا فقد احل دمه اى اهدره وانما وجب لان دفع الضرر واجب (ولا شئ به) اى بقتله وانما قاله بعد القول بالوجوب لجواز ان يجب قتله لدفع الشر ويجب بقتله شئ كما فى الجمل الصائل والمجنون كما سيأتى (كذا) اى يجب ايضا (قتل شاهر سلاح على رجل مطلقا) اى ليلا اونهارا فى مصر اوغيره (او) شاهر (عصا ليلا فى مصر اونهارا فى غيره فقتله المشهور عليه عمدا) حيث لا يجب عليه شئ لما مر (تبع سارقه المخرج سرقته ليلا وقتله جاز) ولا يجب بقتله شئ لقوله صلى الله عليه وسلم قاتل دون مالك (اذا تعين) اى القتل (لخلاص ماله) واذا لم يتعين لم يجز وكذا اذا قتله قبل الاخذ اذا قصد الاخذ ولا يتمكن من دفعه الا بالقتل وكذا اذا دخل دار رجل بالسلاح فغلب على ظن صاحب الدار انه قاصد لقتله حل قتله (شهر عصا نهارا فى مصر فقتل من قتله عمدا) لان العصا ليس كالسلاح والظاهر لحوق الغوث نهارا فى المصر فلا يفضى الى القتل (شهر سلاحا فضرب فانصرف فقتله المضروب يقاد) القاتل لانه اذا انصرف عادت عصمته الزائلة بالضرب فاذا قتله آخر قتل معصوما فعليه القود (وضمن قاتل مجنون وصبى شاهرين السلاح ولو كان قتلهما عمدا الدية) مفعول ضمن (فى ماله) لما مر ان العواقل لا تضمن العمد (ولو) ضمن قاتل (جمل صال عليه القيمة) وذلك لان فعل المجنون والصبى والدابة غير متصف بالحضر فلم يقع بغيا فلا تسقط العصمة ومقتضى قتل النفس المعصومة فى الآدمى وجوب القصاص لكنه امتنع لوجود المبيح وهو دفع الشر فيجب الدية فيه والقيمة فى الدابة (يقتص بجرح ثبت عيانا او بشهادة جعله مجروحا وذا فراش حتى مات) يعنى ان طريق ثبوت القصاص سوى الاقرار امران احدهما ان يجرح رجل رجلا بمحضر جماعة فمات منها والثانى ان يشهد رجلان انه جعله مجروحا وذا فراش حتى مات (ولو) كان جرحه اياه (بنحو مسلة) وهى بكسر الميم وتشديد اللام ابرة

(عظيمة)

(قوله ولا قاتل مكاتب الخ) كذا لا قود بقتل عبد المكاتب ولا بقتل ابن المكاتب كما فى المحيط (قوله فان لم يترك وارثا غير سيده او ترك ولا وفاء اقاد) هذا عندهما وعند محمد ليس له القود كما فى البرهان (قوله شهر سيفا على المسلمين وجب قتله) قال الزيلعى اذا لم يمكن دفعه الا به (قوله او شاهر عصا ليلا فى مصر) لو اطلقه عن قيد المصر لكان اولى لشموله غيره (قوله فقتله المشهور عليه الخ) كذا او قتله غير المشهور عليه دفاعا عنه لا يجب شئ كما فى التبيين (قوله تبع سارقه) يعنى سارق قدر عشرة دراهم فما فوقها كما فى البرهان (قوله اذا تعين) قال فى البرهان كان صاح عليه وانشده الله والاسلام ثلاثا فلم يتركه فقتله حيث يهدر دمه (قوله وضمن قاتل مجنون وصبى شاهرين الدية) قال فى البرهان وقيل بنفيها اى ابو يوسف الدية فى رواية عنه (قوله ولو كان قتلهما عمدا) لا يخفى ان ظاهر العبارة شمول القتل خطأ بمقتضى ولو الوصلية ولا يخفى فساده لما ان الخطأ على العاقلة والذى يظهر لى زيادة الواو من ولو فتكون لو شرطية لوجوب الدية فى مال قاتل الصبى والمجنون دفعا لشرهما عمدا (قوله يقتص بجرح ثبت عيانا او بشهادة الخ) هذه المسئلة ذكرت فى الكنز فى باب الشهادة فى القتل

عظيمة يقال لها بالفارسية جوال دوز (لا بنحو ابرة وان تعمد) لانها ليست فى معنى السلاح (الا ان يغرز الابرة فى مقتله) اى فى موضع يقتل بغرز الابرة فيه فحينئذ يجب القصاص كذا فى الكافى (وبمدمر) عطف على نحو مسلة اى يقبض ايضا بجرح حدمر وهو بالفارسية كالنك لانه فى معنى السلاح (لا بظهره) لانه ليس كذلك وروى عنه اذا جرح وجب به القصاص (ولا بعود او مثقل او خنق) وهو بكسر النون مصدر قولك خنقه يخنقه كذا فى الصحاح (او تغريق او سوط والى فى ضربه فمات) لان وجوب القصاص يختص بالعمد المحض وذا بان يباشر القتل بآلته وهى الآلة الجارحة لان الجرح يعمل فى نقض البنية ظاهرا وباطنا وغيره ينقضها باطنا لا ظاهرا وقوامها بالظاهر والباطن (كل ما هو من جنس الحديد كالصفر والنحاس والرصاص والذهب والفضة والآنك كالحديد ولو) كان (له حدة تفرق) لانه حينئذ يكون فى معنى السلاح (ورماه بمقدار حديد يقتل به) اى من شانه ان يقتل به (لجرحه او لا فمات منه قتل كذا لو ضربه بعصا رأسها مضبب بالحديد وقد اصابه الحديد فجرحه او لا او ضربه بقدر حديد او قمقمة او عمود فمات منه) كذا فى المبسوط وروى الطحاوى عن ابى حنيفة انه لا يجب القصاص اذا لم يجرح كما لو ضربه بالعصا الكبيرة او الحجر المدور ولم يجرح لا يجب القصاص فى قول ابى حنيفة قال قاضيخان وفى ظاهر الرواية فى الحديد وما يشبه كالنحاس وغيره لا يشترط الجرح لوجوب القصاص (قتل من له ولى واحد فله) اى لذلك الولى (قتل القاتل قصاصا قبل قضاء القاضى بالقصاص (بنفسه) متعلق بقوله قتل القاتل اى له ان يقتل بنفسه القاتل (او امر الغير به ولا ضمان عليه) اى على ذلك الغير (اذا كان الامر ظاهرا) هذا قيد لجميع ما سبق يعنى اذا قتل رجل رجلا بمحضر جماعة وكان له ولى واحد جاز له قتل القاتل بنفسه حتى لو كان متعددا فان اتفقوا كانوا كالواحد والا لم يجز القتل وجاز ايضا ان يأمر آخر بقتله اما كونه قيدا لجواز القصاص له قبل القضاء فلامر فى جواز القصاص بجرح ثبت عيانا واما كونه قيد الجواز الامر به فلانه لما جاز له انابة الغير منابه واما كونه قيدا لعدم الضمان عليه فلان جواز القتل لظهور الامر ينافى الضمان (واما اذا قتل) اى الاجنبى (وقال الولى امرته لم يصدق ويقتل) الاجنبى

(قوله لا بنحو ابرة وان تعمد الا ان يغرز الابرة فى مقتله) هذا التفصيل على رواية قال فى اختيار روى ابو يوسف عن ابى حنيفة فيمن ضرب رجلا بابرة وما يشبهه عمدا فمات لا قود فيه وفى المسلة ونحوها القود لان الابرة لا يقصد بها القتل ويقصد بالمسلة وفى رواية اخرى ان غرز بالابرة فى المقتل قتل والا فلا اه وقال فى المحيط ضرب بابرة او بشئ يشبه الابرة متعمدا فقتله فلا قود عليه فان ضربه بمسلة او نحوها فعليه القود لان الابرة لا يقصد بها القتل وان كانت جارحة لانها آلة الخياطة دون القتل فاذا تمكن شبهة عدم القصد امتنع وجوب ما لا يجامع الشبهة واما المسلة فهى آلة جارحة يقصد ﴿ ٩٣ ﴾ بها القتل وفرق فى بعض المواضع بين ما اذا غرز بابرة فى المقتل او غير المقتل لهذه العلة وفى نوادر هشام عن ابى حنيفة رحمه الله تعالى او ضربه بابرة وطعن بها فالح عليه حتى مات قتل اه وبهذا تعلم وجه اقتصار قاضيخان على عدم القصاص بقوله وان ضربه بابرة متعمدا او ما اشبه الابرة فمات لا يجب القصاص اه وتعلم ايضا وجه ما اقتصر عليه فى الجوهرة والبدائع من لزوم القصاص بالقتل بالابرة عمدا مخالفا لقاضيخان (قوله وبمدمر) المر بالفتح الذى يعمل به فى الطين كذا فى المغرب (قوله لا بظهره) يعنى ولم يجرحه وهذا على رواية الطحاوى وقدمنا تصحيحها من الخلاصة (قوله وروى عنه) اى عن ابى حنيفة رحمه الله تعالى اذا جرح وجب القصاص ظاهر على ظاهر الرواية لانه لا يشترط فيها الجرح بنحو مثقل الحديد وكذا على رواية الطحاوى لما علمت من تصحيح القصاص فى الجرح بنحو مثقل الحديد (قوله ولا بعود او مثقل) يعنى مثقل حجر او خشب لا مثقل حديد والا كان مستغنى عنه بما قاله قبله وبمدمر لا بظهره لان ظهره مثقل ولكنه مع هذا يناقض ما يذكره عقبه من انه لو رماه بمقدار حديد فمات يقتل به سواء جرحه او لا ودفع المناقضة بانه مشى فى كل على رواية ولكنه لا ينبغى فى مثل هذا المختصر وعلمت التصحيح بما فى الخلاصة (قوله او خنق) وهو بكسر النون مصدر اى مصدر خنقه اذا عصر حلقه قال الفارابى ولا يقال بالسكون كما فى المغرب (قوله كل ما هو من جنس الحديد الخ) تقييده بالحديد ليس لازما لما تقدم من ان الليطة ومحدد الخشب والحجر كل مفرق للاجزاء كالحديد (قوله قال قاضيخان وفى ظاهر الرواية الخ) قدمه فى اول كتاب الجنايات وقدمنا تصحيح رواية الطحاوى (قوله او امر الغير به) يعنى واقتص الغير بحضوره لما يأتى

(قوله لانتفاء شرط جواز القتل وهو ظهور الامر) يعني امر الولي الاجنبي لا امر القتل لان موضوع المسئلة ان القتل ظاهر اه ولذا قال في البدائع ثم اذا قتله المأمور والامر ظاهر صار مستوفيا ولا ضمان عليه فأما اذا قتله والامر غير ظاهر وانكر ولي هذا القتيل الامر فانه يجب القصاص على القاتل ولا يعتبر تصديق الولي لان القتل العمد سبب لوجوب القصاص في الاصل فلو خرج

لانتفاء شرط جواز القتل وهو ظهور الامر (ويلي القصاص من يرث) اى كل من يرث المقتول فله ولاية القصاص (ولو) كان (زوجا اوزوجة كذا الدية) اى يستحق الدية كل من يستحق الارث (وليس لبعض الورثة استيفاؤه اذا كانوا كبارا حتى يجتمعوا) لاحتمال عفو الغائب او صلحه (ويستوفي الكبير قبل كبر الصغير) لانه حق لا يتجزأ لثبوته بسبب لا يتجزأ وهو القرابة واحتمال العفو أو الصلح من الصغير منقطع فيثبت لكل واحد كلا كما في ولاية الانكاح (ولا يجوز التوكيل باستيفائه) اى استيفاء القصاص (بغيبة الموكل) عن المجلس لانها تندرئ بالشبهات وشبهة العفو ثابتة حال غيبته بل هو الظاهر للندب الشرعي (قتل) رجل (عمدا رجلا لا ولي له للامام قتله والصلح) لان السلطان ولي من لا ولي له (لا العفو) لان فيه ضرر العامة (ويقيد ابو المعتوه قاطع يده وقاتل قريبه) يعني اذا قطع رجل يد المعتوه عمدا او قتل قريبه كولده فأبو المعتوه يقيد من جانبه لان لابيه ولاية على نفسه فيليهما كالانكاح (ويصالح) لانه انفع للمعتوه من الاستيفاء فلما ملك الاستيفاء فلان يملك الصلح اولى هذا اذا صالح على قدر الدية اكثر منه والا لا يصح وتجب الدية كاملة ذكره الزيلعي (ولا يعفو) لانه ابطال لحقه وللوصي الصلح فقط لان ولاية القصاص تابعة لولاية النفس وهي مختصة بالاب (والصبي كالمعتوه والقاضي كالاب) في الاحكام المذكورة (ويسقط قود نفس وما دونها ورثه على ابيه) بأن قتل ابو امه عمدا او قطع يدها عمدا لا يستوفيه ابنه بل يسقط لحرمة الابوة (وبموت القاتل) لفوات المحل (وبعفو الاولياء وصلحهم على مال وان قل) لانه حقهم فيجوز تصرفهم كيف شاؤا (ويجب حالا) وان لم يذكروا الحلول والتأجيل لانه مال واجب بالعقد والاصل في امثاله الحلول كالمهر والثمن (و) يسقط ايضا (بصلح احدهم وعفوه) لان القود اذا ثبت للجميع فكل منهم يتمكن من الصلح والعفو ومن ضرورة سقوط حق البعض في القود سقوط حق الباقين فيه لانه لا يتجزأ (وللباقي حصته من الدية) لان استيفاء القصاص تعذر لمعنى في القاتل وهو ثبوت عصمته بعفو البعض فيجب المال كما في الخطأ فان العجز عن القصاص ثمة لمعنى في القاتل وهو كونه خاطئا ولا حصة للعافي لاسقاطه حقه (صالح بالف وكيل مولى عبد وحر قتلا) اى العبد والحر (بالصلح) متعلق بوكيل (عن دمهما) اى الدم الواجب عليهما (به) اى بالالف (تنصف بينهما الالف) يعني ان قتل حر وعبد رجلا عمدا حتى وجب عليهما الدم فوكل الحر ومولى العبد رجلا ان يصالح عن دمهما على الف ففعل فالالف على الحر ومولى العبد نصفان (ويقتل جمع بفرد) يعني اذا قتل جماعة واحدا عمدا يقتل الجماعة به لاجماع الصحابة رضي

من ان يكون سببا انما يخرج بالامر وقد كذبه ولي هذا القتيل في الامر وتصديق ولي القصاص غير معتبر لانه صدقه بعدما بطل حقه عن القصاص لفوات محله فصار اجنبيا منه فلا يعتبر تصديقه فلم يثبت الامر فبقي القتل العمد موجبا للقصاص اه (قوله وليس لبعض الورثة استيفاؤه الخ) كذا في قاضيخان ثم قال وليس لهم ولا لاحدهم ان يوكل باستيفاء القصاص اه وكذا في الخلاصة مقتصرا عليه وقد اوضحه في البدائع بقوله واذا كان الكل حضورا لا يجوز لهم ولا لاحدهم ان يوكل في استيفاء القصاص على معنى انه لا يجوز للوكيل استيفاء القصاص مع غيبة الموكل لاحتمال ان الغائب قد عفا ولان في اشتراط حضرة الموكل رجاء العفو منه عند معاينة حلول العقوبة بالقاتل وقد قال تعالى وان تعفوا اقرب للتقوى ولا تنسوا الفضل بينكم اه والمصنف رحمه الله استغنى عن هذا بما سيذكره بقوله ولا يجوز التوكيل باستيفائه بغيبة الموكل وقد ذكرته لما فيه من التنبيه (قوله ولا يجوز التوكيل باستيفائه بغيبة الموكل) ذكره في كتاب الوكالة ايضا (قوله لانها تندرئ بالشبهات) الاولى ان يقال لانه يندرئ لرجوعه للقصاص (قوله وهي مختصة بالاب) المراد الاختصاص النسبي بالنظر الى ما بين الاب

(والوصي لا مطلقا لثبوت الولاية له بالصحبة (قوله ويجب حالا) يعني الا ان يؤجله الولي اجلا معلوما كما في البرهان (الله) قوله ويقتل جمع بفرد) هذا اذا باشر كل واحد جرحا قاتلا كما في البرهان وتصحيح القدوري من الجواهر

الله عنهم (وبالعكس) يعنى يقتل واحد بجماعة قتلهم عمدا (ويكتفى به) اى بقتله للجميع (ولا شئ) من المال (ان حضر وليهم) وقال الشافعى يقتل الاول منهم ان قتلهم بالتعاقب ويقضى بالدية لمن بعده فى تركته لان العاقلة لا تعقل العمد وان قتلهم جملة او لم يعرف الاول يقرع بينهم ويقضى بالقود لمن خرج له القرعة وبالدية للباقين وقيل لهم جميعا وتقسم الديات بينهم لان الموجود منهم قتلات والموجود منه قتل واحد فلا تماثل وهو القياس فى الفصل الاول لكن تركناه بالاجماع ولنا ان كل واحد منهم قاتل على الكمال فيحصل التماثل الا يرى ان الواجب فى قتل واحد جماعة هو القصاص ولولا التماثل لما وجب (ولو) حضر ولى (لواحد) من المقتولين (قتل) القاتل (له (وسقط حق البقية) اى حق اولياء بقية المقتولين (كموت القاتل) اى كما سقط بموت القاتل حتف انفه لفوات محل الاستيفاء كاملا (قود بين اثنين عفا احدهما ثم قتل الآخر ان علم ان عفو البعض مسقط له يقاد والا فلا) يعنى ان القصاص اذا كان بين اثنين فعفا احدهما وظن صاحبه ان عفو اخيه لا يؤثر فى حقه فقتل القاتل فانه لا يقاد منه ومعلوم ان هذا قتل بغير حق ولكن لما كان متأولا ومجتهدا فيه اذ عند البعض لا يسقط القصاص بعفو احدهما فصار ذلك التأويل مانعا وجوب القصاص كذا فى المحيط (رجل جرح رجلا واشهد المجروح على نفسه ان فلانا لم يجرحه ثم مات المجروح فلا شئ على فلان ولا تقبل البينة عليه وان عفا المجروح او الاولياء بعد الجرح قبل الموت جاز العفو) استحسانا كذا فى فتاوى المسعودى (لا تجب القود بقتل عبيد الوقف عمدا) كذا فى الخلاصة (ولا يقاد الا بالسيف) لقوله صلى الله عليه وسلم لا قود الا بالسيف اى لا قود يستوفى الا بالسيف والمراد بالسيف السلاح هكذا فهمت الصحابة رضى الله تعالى عنهم وقال اصحاب ابن مسعود رضى الله عنه لا قود الا بالسلاح وانما كنى بالسيف عن السلاح كذا فى الكافى

باب القود فيما دون النفس

(هو فيما يمكن فيه حفظ المماثلة فيقاد قاطع اليد عمدا من المفصل (حتى اذا كان من نصف الساعد لم يقد لامتناع حفظ المماثلة (ولو كان يده اكبر منها كذا الرجل) فانها اذا قطعت من المفصل يقاد ولو من نصف الساق لا (والمارن) فان مارن الانف اذا قطع عمدا يقاد ولو من قصبته فلا (والاذن) فانه اذا قطعت عمدا يقاد ايضا (و) كذا (عين ضربت فزال ضوؤها وبقيت العين) وبين طريق القود بقوله

(قوله لان الموجود منهم قتلات) لعل الصواب منه (قوله والموجود منه قتل واحد) صواب العبارة وما يتحقق فى حقه قتل واحد الا ان يحمل قوله سابقا لان الموجود منهم قتلات على ان المراد بالموجود المطلوب اى لان مطلوبهم قتلات ويحمل قوله ثانيا والموجود منه قتل واحد على ان المراد وما يحصل بقتله واحد ولا يخفى ما فيه من التكلف (قوله ان علم ان عفو البعض مسقط له يقاد) قال فى المحيط وله نصف الدية فى مال القاتل لان قتله محض حراما (قوله والا فلا) المراد بعدم العلم الظن اى الاعتقاد كما فسره به شرحا والا فعدم العلم بالحكم لا يعتبر بدار الاسلام (قوله فصار ذلك التأويل) ينبغى اسقاط الفاء منه واذا انتفى القصاص بتأويله لزمه الدية فى ماله كما فى المحيط (قوله وان عفا المجروح او الاولياء الخ) كذا اطلقه فى الجوهرة والمحيط والمراد اذا كان المجروح حرا اما اذا كان عبدا فانه لا يصلح عفوه لان القصاص يجب حقا للمولى لا له كما فى البدائع (قوله لا يجب القود بقتل عبد الوقف) لعل وجهه اشتباه من له حق القصاص لان الوقف حبس العين على ملك الواقف عند الامام وعندهما على حكم ملك الله تعالى اه ولم يتعرض لما يلزم القاتل ولعله القيمة فلينظر (قوله ولا يقاد الا بالسيف) قال فى البدائع وان اراد الولى ان يقتل بغير السلاح لا يمكن ولو فعل يعزر ولا ضمان عليه ويصير مستوفيا بأى طريق قتله ولو بسوق دابته عليه او القائه فى بئر ويأثم بالاستيفاء بغير طريق مشروع لمجاوزته حد الشرع

باب القود فيما دون النفس

(قوله ولو من قصبته فلا) كذا قاله فى الجوهرة اذا قطع بعض القصبة او كلها فلا قصاص لانه عظم اه كذا اطلقه وفى الخانية واذا قطع انف الصبى من اصل العظم عمدا كان عليه القصاص فى قول ابى يوسف كان يجد الريح او لم يجد وفى الخطأ الدية اه (قوله والاذن) اى كلها او بعضها كما فى التبيين فى قوله وقطع يد من نصف ساعد اه وقال فى الجوهرة وان قطع بعضها اى الاذن ان كان ذلك البعض يمكن فيه المماثلة وجب القصاص بقدره والا فلا (قوله كذا عين ضربت فزال ضوءها) هذا اذا كانت غير حولاء لما فى الخانية ولا قصاص فى عين الاحول اه كذا اطلقه وفى البزازية وان بعين المجنى عليه حول لا يغير بصره ولا ينتقص يقتص من الذى اذهب وان الحول شديدا نقص البصر فحكومة اه ولم يسنده لقائل وما ذكره فى البزازية ذكره قاضيخان بعدما قدمناه عنه بصيغة وعن الحسن الخ

(فيجعل على وجهه) اى الضارب (قطن رطب ويقابل عينه بمرآة محماة) فان ضوء عينه ايضا يزول (ولو قلعت) اى عينه (لا) اى لا يقاد لامتناع حفظ المماثلة قوله (وكل شجة) عطف على الرجل اى كذا كل شجة (راعى فيه المماثلة) حيث يثبت فيه القود كالموضحة وهى ان يظهر العظم كما سيأتى (لاقود فى عظم الا السن) لقوله صلى الله عليه وسلم لاقصاص فى العظم وقال عمر وابن مسعود رضى الله عنهما لاقصاص فى العظم الا فى السن وهو المراد بالحديث (وان تفاوتا) فى الصغر والكبر لانه لا يقتضى التفاوت فى المنفعة (فتقلع) سن الضارب (ان قلعت) سن المضروب (وتبرد) اى تكسر بالمبرد (ان كسرت) الى ان يتساويا (ولا) قود ايضا (فى طرفى رجل وامرأة وحر وعبد وعبدين) لان الاطراف فى حكم الاموال فتنتفى المماثلة للتفاوت فى القيمة (ولا) قود ايضا (فى قطع يد من نصف الساعد) لما مر (وجائفة برئت) لان البرء فى الجائفة نادر فلا يمكن ان يجرح الثانى على وجه يبرأ منه فيكون اهلاكا فلا يجوز واما اذا لم تبرأ فان سرت وجب القود والا فلا يقاد الى ان يظهر الحال من البرء او السراية (ولا) قود ايضا (فى لسان وذكر) لامتناع حفظ المماثلة فيهما لان الانقباض والانبساط يجرى فيهما وعن ابى يوسف ان كان القطع من الاصل يقتص (الا اذا قطع) من الذكر (الحشفة) لامكان حفظ المماثلة حينئذ (وطرف الذمى والمسلم سواء) للتساوى بينهما فى الارش (وخير المجنى عليه ان كان يد القاطع شلاء او ناقصة) اى ناقصة الاصابع (او رأس الشاج اكثر) من رأس المشجوج (بين القود والارش الكامل) متعلق بقوله خير اما الاول وهو ما اذا كانت يد القاطع شلاء او ناقصة الاصابع بخلاف يد المقطوع فلان استيفاء حقه بكماله متعذر فيخير بين ان يتجوز بدون حقه فى القطع وبين ان

(قوله وكل شجة راعى فيها المماثلة الخ) قال فى الخانية فلا قود فى موضحة الاصلع الذى ذهب شعره الا ان يكون الشاج كذلك اه وفى المحيط قيل لا يجرى القصاص فى الشجاج التى فيها القصاص بين الرجل والمرأة لان مبنى القصاص على المساواة فى المنفعة والقيمة ولم يوجد وقيل يجرى وقد نص عليه محمد فى المبسوط لان فى قطع الاطراف تفويت المنفعة والحاق الشين وقد تفاوتا فى المنفعة لما بينا وليس فى هذه الشجاج تفويت منفعة وانما هو الحاق الشين وقد تساويا فى الحاق الشين فانه يلحق الشين بها بالشجاج مثل ما يلحقه به اه (قوله لاقود فى عظم الا السن) الاستثناء متصل على القول بان السن عظم واختلف الاطباء فى السن هل هو عظم او طرف عصب يابس كذا فى التبيين (قوله فتقلع سن الضارب ان قلعت سن المضروب) اطلقه وقد اختلف فى كيفية قصاص السن ففى الخانية يجب القصاص ثم قال بعض العلماء يؤخذ سنه بالمبرد الى ان ينتهى الى اللحم ويسقط ما سواه اه وفى التبيين لا يقلع سنه قصاصا لتعذر اعتبار المماثلة فيه فربما تفسد لهاته ولكن يبرد بالمبرد الى موضع اصل السن كذا ذكره فى النهاية معزيا الى الذخيرة والمبسوط اه وفى البزازية لا يقلع سن القالع ولكن يبرد الى ان يصل الى اللحم ويسقط ما سواه ولو نزع جاز والبرد احتياطا لئلا يؤدى الى فساد اللحم اه ولا ينتظر حولا الا ان يكون صبيا وسيأتى (قوله وتبرد ان كسرت) هذا ان لم يسود الباقى وان اسود لا يجب القصاص فان طلب المجنى عليه استيفاء قدر المكسور وترك ما اسود لا يكون له ذلك وفى ظاهر الرواية اذا كسر السن لا قصاص فيه كما فى الخانية وسيأتى فى كتاب الديات وفى البزازية قال القاضى الامام وفى كسر بعض السن انما يبرد بالمبرد ان كسر عن عرض اما لو عن طول ففيه الحكومة اه (قوله ولا قود فى طرفى رجل وامرأة) قال فى الجوهرة ويجب الارش فى ماله حالا (قوله ولا قود فى لسان وذكر الخ) كذا لا قود بقطع بعض الشفة لتعذر اعتبار المماثلة فيه وان استقصاها بالقطع يقتص لامكان (يأخذ) اعتبار المماثلة فيها كما فى التبيين (قوله وعن ابى يوسف ان كان القطع من الاصل يقتص) كذا فى التبيين ثم قال والحجة عليه اى ابى يوسف ما بينا اه لكن بلزوم القصاص جزم قاضيخان فانه قال وفى قطع الذكر من الاصل عمدا قصاص وان قطع من وسطه فلا قصاص فيه وهذا فى ذكر الفحل فاما ذكر الخصى والعنين فحكومة عدل وفى ذكر المولد ان تحرك يجب القصاص ان كان عمدا والدية ان خطأ وان لم يتحرك كان فيه حكومة عدل اه من غير اسناد ذلك لاحد بل جعله حكما مطلقا عن الرواية وقد نقل فى المحيط عن الامام مثل ابى يوسف ونصه قال ابو حنيفة رحمه الله ان قطع ذكره من اصله او من الحشفة اقتص منه لانه امكن استيفاؤه على سبيل المساواة اذ له حد معلوم فاشبه اليد من الكوع اه (قوله وخير المجنى عليه ان كان يد القاطع شلاء) قال فى المجتبى هذا اذا كانت اليد الشلاء ينتفع بها اما اذا لم ينتفع بها فلا تكون محلا للقصاص فله دية اليد كاملة من غير خيار وعليه الفتوى ا

يأخذ ارش كاملا لكن اناف مثليا لانسان فانقطع من ايدي الناس ولم يبق منه الا الردي يخير بين ان يأخذ الموجود ناقصا وبين ان يأخذ القيمة واما الثاني وهو ما اذا كان رأس الشاج اكبر بأن كانت الشجة استوعبت ما بين قرني المشجوج وهي لا تستوعب ما بين قرني الشاج فلان الشجة انما كانت موجبة لكونها مشينة فيزداد الشين بزيادتها وفي استيعاب ما بين قرني الشاج زيادة على ما فعل وباستيفاء قدر حقه لا يلحق الشاج من الشين مثل ما يلحق المشجوج فيخير كما في الشلاء والصحيحة (لا تقطع يدان بيد ان امرا سكينا) واحدا (عليها فقطعت) يعني اذا قطع رجلان يد رجل بأن اخذا سكينا واحدا من جانب وامراها على يده حتى انفصلت لا تقطع يداهما وقال الشافعي تقطعان اعتبارا بالانفس لان الاطراف تابعة لها بخلاف ما اذا امر احدهما السكين من جانب والآخر من جانب آخر حتى التقى السكينان في الوسط وبانت اليد حيث لا يجب القود فيه على واحد منهما اذ لم يوجد من كل منهما امرار السلاح الا على بعض العضو ولنا ان كلا منهما قاطع للبعض لان ما انقطع بقوة احدهما لم ينقطع بقوة الآخر فلا يجوز ان يقطع الكل بالبعض ولا الثنتان بالواحدة لانعدام المساواة فصار كما اذا امر كل واحد من جانب آخر بخلاف النفس فان الشرط فيها المساواة في العصمة فقط وفي الطرف يعتبر المساواة في المنفعة والقيمة (وضمنا ديتها) اي ضمن القاطعان دية المقطوعة لان التلف حصل بفعلهما فيجب عليهما نصف الدية على كل منهما الربع من مالهما لما مر مرارا (وان قطع رجل يمنى رجلين) سواء قطعهما معا او بالتعاقب (فلهما) اذا حضرا (يمينه) اي قطع يمينه (ودية يد) اي نصف دية النفس فيقسمانه بينهما نصفين اما ثبوت القطع لهما فلان تساويهما في سبب الاستحقاق يوجب التساوي في الاستحقاق ولا عبرة بالتقدم والتأخر كالغريمين في التركة وذلك لان حق كل واحد منهما ثابت في كل اليد لتقرر السبب في حق كل واحد منهما وهو القطع وكونه مشغولا بحق الاول لا يمنع تقرر السبب فتقرر السبب في حق الثاني ايضا ولهذا لو كان القاطع لهما عبدا استويا في استحقاق رقبته واما ثبوت الدية لهما فلما عرفت ان الاطراف ههنا في حكم الاموال وعرفت ايضا ان القود ثابت لهما على الكمال لكن كل منهما لم يستوف حقه كما هو حقه فلزم بالضرورة اعتبار مالية الاطراف ايضا كيلا يبقى حق المظلوم على الظالم ولهذا وجبت الدية بخلاف ما اذا كان القصاص في النفس حيث يكتفى فيه بالقتل لهما بدون الدية قيد بيمنى رجلين لانه لو قطع يمين رجل ويسار آخر قطع يداه بهما وكذا اذا قطعهما لواحد (فان حضر احدهما) اي احد المقطوعين (وقطع) يد القاطع (فللآخر الدية) اي دية يد واحدة لان للحاضر ان يستوفي ولا يجب عليه التأخير ليحضر الآخر لثبوت حقه بيقين وحق الآخر متردد لاحتمال ان لا يطلب او يعفو مجانا او صلحا فاذا استوفى الاول تمام حقه بالقود بقي حق الثاني في تمام دية يد واحدة لان الاطراف ليست كالنفوس كما مر (رمى عمدا فنفذ) سهمه (الى آخر فانما يقتص للاول (لانه عمد) وعلى عاقلته الدية للثاني) لانه خطأ (قطع رجل يد رجل) آخر

(قوله لا يقطع يد ان بيد) كذا جميع مادون النفس لا يقتص به اذا اتلفه مازاد من واحد عمدا كما في الجوهرة (قوله لما مر مرارا) يعني من ان العاقلة لا تعقل العمد (قوله وذلك لان حق كل واحد منهما ثابت في كل اليد لتقرر السبب في حق الثاني) يعني كما تقرر الحق للاول ولا يمنع تقرر السبب للثاني سبق السبب للاول ولابد من هذه العناية ويرشد اليها قوله بعده مستظهرا ولهذا لو كان القاطع لهما عبدا الخ (قوله لانه خطأ) يعني في الفعل

ثم قتله اخذ)ای القاطع (بهما)ای بموجب قطعه وقتله (فی عمدین ومختلفین) بأن قطع عمدا وقتل خطأ او عکس (بری بینهما اولا) متعلق بالعمدین والمختلفین اما فی العمدین فان بری بینهما یقتص بالقطع ثم بالقتل وان لم یبرأ فکذا عنده لانه المثل صورة ومعنی وعندهما یقتل ولا یقطع فیدخل جزاء القطع فی جزاء القتل واما فی المختلفین فانه اذا قطع عمدا ثم قتل خطأ یقتص للقطع ویؤخذ دیة النفس وفی عکسه تؤخذ الدیة للقطع ویقتص للقتل لاختلاف الجنایتین لکون احدهما عمدا والآخر خطأ (و) اخذهما ایضا (فی خطأین برء بینهما) ای یجب دیة القطع ودیة القتل (و) اخذ (بدیة) واحدة (فی خطأین) ای خطأ القطع وخطأ القتل (لا برء بینهما) لان دیة القطع انما تجب عند استحکام اثر الفعل وهو ان یعلم عدم السرایة والفرق بین هذه الصورة وبین عمدین لا برء بینهما ان الدیة مثل غیر معقول فالاصل عدم وجوبها بخلاف القصاص فانه مثل معقول فالحاصل ان القتل اما عمد او خطأ والقطع کذلک صار اربعة ثم اما ان یکون بینهما برء اولا صار ثمانیة وقد بین حکم کل واحد منها (کمن ضرب مائة سوط بری من تسعین ولم یبق اثر ومات من عشرة (حیث یکتفی بدیة واحدة فانه لما بری من تسعین لم تبق معتبرة الا فی حق التعزیر وکذا کل جراحة اندملت ولم یبق لها اثر عند ابی حنیفة وعند ابی یوسف فی مثله حکومة عدل وعند محمد اجرة الطبیب وثمن الادویة (وان بقی) ای الاثر (وجب حکومة عدل)وسیأتی بیانها فی الدیات (ودیة) للقتل (عفا المقطوع عن القاطع فمات منه ضمن الدیة)یعنی رجل قطع ید رجل عمدا فعفا المقطوع عن القاطع ثم مات منه فعلی القاطع الدیة فی ماله (ولو)عفا (عما یحدث منه) ایضا او عن الجنایة فهو عفو عن النفس فلا شیء علیه)ای علی القاتل (فالخطأ من الثلث والعمد من الکل)یعنی ان کانت الجنایة خطأ وقد عفاء عنها فهو عفو عن الدیة فیعتبر من الثلث لان الدیة مال لحق الورثة یتعلق بها والعفو وصیة فیصح من الثلث واما العمد فموجبه قود وهو لیس بمال فلم یتعلق به حق الورثة فیصح العفو عنه علی الکمال هذا عنده وعندهما العفو عن القطع عفو عن النفس ایضا (کذا الشجة)یعنی ان العفو عن الشجة کالعفو عن القطع عنده وعندهما عفو عن النفس ایضا)قطعت امرأة ید رجل عمدا فنکحها علی یده ثم مات فلها مهر مثلها وعلیها دیة فی مالها وعلی عاقلتها او خطأ)هذا عند ابی حنیفة لان العفو عن الید او القطع لا یکون عفوا عما یحدث منه فکذا التزوج علی الید او القطع لا یکون تزوجا علی ما یحدث منه عنده ثم ان کان القطع عمدا کان تزوجا علی القصاص فی الطرف هو لیس بمال علی تقدیر الاستیفاء وعلی تقدیر السقوط اولی فلا یصلح للمهر فیجب لها علیه مهر المثل فان قیل قد سبق ان القصاص لا یجری بین الرجل والمرأة فی الطرف فکیف یصح تزوجها علیه قلنا الموجب الاصلی للعمد القصاص لاطلاق قوله تعالی والجروح قصاص وانما سقط للتعذر ثم تجب علیها الدیة لان التزوج وان تضمن العفو لکن عن القصاص فی الطرف فاذا سری تبین انه قتل ولم یتناوله العفو فتجب الدیة لعدم صحة العفو عن النفس وهی فی مالها لانه عمد والعاقلة

(قوله وان بقی الاثر) یعنی اثر التسعین سوطا التی بری منها وجب حکومة عدل فیها مع دیة کاملة للنفس للقتل بالعشرة المکملة للمائة وهذا بالاجماع کما فی التبیین (قوله یعنی قطع ید رجل عمدا) قال فی البرهان والخطأ کالعمد (قوله فلا شیء علیه فالخطأ من الثلث والعمد من الکل لا یخفی ما فیه لان قوله لا شیء علیه ینتقض بما اذا لم یخرج جنایة الخطأ من الثلث فلو قال فلا شیء علیه فی العمد وکذا الخطأ او خرج من الثلث والا فقدره لکان اولی

لاتحمله فاذا وجب له الدية ولها المهر تقاصا ان استويا وان كان احدهما اكثر رجع صاحبه على الآخر وان كان القطع خطأ كان تزوجها على ارش اليد واذا سرى الى النفس تبين انه لاارش لليد وان المسمى معدوم فيجب مهر المثل كما اذا تزوجها على ما فى يده ولاشئ فيها والدية واجبة بنفس القتل لانه خطأ ولا تقع المقاصة لان الدية على العاقلة اقول ينبغى ان تقع المقاصة على القول المختار فى الدية وهو عدم وجوبها على العاقلة بل فى مال القاتل كما سيأتى تحقيقه (ولو) نكحها (على يده وما يحدث منها) يعنى السراية (او على الجناية فمات منه فلها مهر مثلها لو عمدا) لانه نكاح على القصاص وهو ليس بمال فلا يصلح للمهر فيجب مهر المثل كما اذا نكحها على خمر او خنزير (ولاشئ عليها) اى لادية ولا قصاص لان حقه القصاص وقد رضى بسقوطه على انه يصير مهرا وهو لا يصلح له فسقط اصلا (ورفع عن العاقلة قدر مهر مثلها لو خطأ) لان هذا تزوج على الدية وهى تصلح للمهر (فان ساوى) اى مهر المثل (الدية ولا مال له سواه) اى سوى مهر المثل (فلاشئ عليهم) اى العاقلة لان التزوج من الحوائج الاصلية فيعتبر من جميع المال وهم لا يغرمون شيأ منه لها لانهم انما يتحملون عنها بسبب جنايتها فكيف يغرمون لها (وفى الاكثر) اى ان كان مهر المثل اكثر من الدية (لم تجب الزيادة) لانها رضيت بأقل من مهر المثل (والزائد فى الاقل) اى ان كان مهر المثل اقل من الدية يرفع عن العاقلة مهر المثل والزائد منها (وصية لهم) اى للعاقلة وتصح لانهم من الاجانب فان كان يخرج من الثلث يرفع عنهم ايضا والاسقط عنهم قدر الثلث وادوا الفضل الى الولى اذ لانفاذ الوصية الا من الثلث (قطعت يده) يعنى قطع زيد مثلا يد بكر فاثبته بكر عند القاضى فامر بالقصاص (فاقتص زيد (له) اى لبكر بان قطع يد زيد (فمات) المقطوع الاول وهو بكر (قتل المقتص منه) وهو زيد (به) اى بقطعه سابقا اذ تبين بالسراية ان الجناية كانت قتلا عمدا وان حق المقتص له فى القصاص فى النفس واما استيفاء القطع من المقتص منه فلا يوجب سقوط حق المقتص له فى القتل (وضمن دية النفس من قطع بنفسه يد غيره قودا فسرى) يعنى ان من له القصاص فى الطرف اذا استوفاه بنفسه بلا حكم الحاكم ثم سرى الى النفس ومات ضمن دية النفس عند ابى حنيفة وعندهما لا يضمن وهو قول الشافعى لانه استوفى حقه وهو القطع فسقط حكم سرايته اذ الاحتراز عن السراية خارج من وسعه فلا يتقيد بشرط السلامة لئلا ينسد باب القصاص فصار كالامام اذا قطع السارق وسرى الى النفس ومات وكالبزاغ والفصاد والحجام والختان وله انه قتل بغير حق لان حقه فى القطع والموجود قتل الا ان القصاص سقط للشبهة لانه فى معنى المخطئ لان قصد استيفاء حقه لا القتل وقتل الخطأ يوجب الدية بخلاف ماذكروا من المسائل اذ يجب الحكم فيها بالقصاص على القاضى بتقلده والعمل على البزاغ ونحوه بالعقد واقامة الواجب لاتتقيد بشرط السلامة كالرمى الى الحربى وفى مسئلتنا هو مخير بين الاستيفاء والعفو بل العفو مندوب فيتقيد استيفاؤه بشرط السلامة كالرمى الى الصيد هذا ما قالوا ويرد على ظاهره ان استيفاء القصاص بنفسه فى هذه الصورة اذا اورث شبهة يسقط بها القصاص كان ينبغى ان يورث حكم القاضى

(قوله اقول ينبغى ان تقع المقاصة على القول المختار فى الدية) ليس على اطلاقه بل فى العجم لكنه اطلقه للاحالة (قوله والاسقط عنهم قدر الثلث وادوا الفضل الخ) قال الزيلعى ثم قيل لا يسقط منه قدر نصيب القاتل لان الوصية للقاتل لاتصح والاصح انه يسقط لانه اولم يسقط نصيبه لكان ذلك القدر هو الواجب بالقتل فتحمله العاقلة منه فيقسم عليهم فما اصاب العاقلة يسقط لما ذكرنا وما اصاب القاتل يكون هو الواجب بالقتل فيقسم ايضا فيلزم مثل ذلك من نصيبه منه ايضا هكذا وهكذا الى ان لا يبقى منه شئ انتهى (قوله وعندهما لايضمن الخ) قال فى البرهان وهو الاظهر (قوله فاذا اورث شبهة يسقط بها القصاص كان ينبغى ان يورث حكم القاضى فى الصورة الاولى شبهة يسقط بها القصاص الخ) هذا حكم على معدوم اذ لم يتقدم ذكر حكم من القاضى ومعه قصاص على المدعى ولا يصح جعله مفهوما لقوله سابقا وضمن دية النفس من قطع بنفسه يد غيره قودا فسرى

فى الصورة الاولى شبهة يسقط بها القصاص لان حكم القاضى ليس ادنى من المباشرة بنفسه اقول فى دفعه ان حكم القاضى لايورث شبهة يدفع بها القصاص بل يوجب القصاص على مدعى القطع لانه اذا ادعاه واثبته عند القاضى كان موجبا عليه الحكم به فيكون المدعى فى حكم المكره للقاضى كما يكون المستوفى بنفسه فى حكم المخطئ بل يكون مكرها حقيقة بمقتضى تعريف الاكراه وهو حمل الغير على فعل بما يعدم رضاه به لااختياره فاذا كان فى حكم المكره اومكرها وجب القصاص عليه لان القاضى حينئذ يكون آلة له ويكون ذلك كالمباشر للقتل العمد كما تقرر فى موضعه (وارش اليد) عطف على قوله دية النفس اى ضمن ارش اليد (من قطع يد من له عليه قود نفس فعفا عنه) اى قطع ولى القتيل يد القاتل ثم عفا عن القتل ضمن دية اليد عند ابى حنيفة وعندهما لايضمن لانه استحق اتلاف النفس بجميع اجزائها فاتلف البعض فاذا عفا فهو عما سوى هذا البعض وله انه استوفى غير حقه لكن لايجب القصاص للشبهة

﴿ باب الشهادة فى القتل واعتبار حالته ﴾

اى حالة القتل (القود يثبت للورثة بدأ لا ارثا) اعلم ان ههنا طريقين احدهما طريق الخلافة وهو ان يثبت الملك للوارث ابتداء بسبب انعقد فى حق المورث كما اذا اتهب العبد فان الملك يثبت ابتداء للمولى بطريق الخلافة عن العبد لان العبد ليس اهلا للملك والثانى طريق الوراثة وهو ان يثبت الملك للمورث ثم للوارث بالنقل منه اليه فذهب الامامان الى الثانى قولا بان القصاص موروث عن الميت حتى يجرى فيه سهام الورثة ويصح عفوه قبل الموت ويقضى ديونه منه اذا انقلب مالا وينفذ وصاياه منه كما فى الدية وذهب الامام الى الاول قولا بان القصاص غير موروث لانه يثبت بعد الموت للتشفى ودرك الثار والميت ليس من اهله وانما يثبت للورثة بطريق الخلافة بسبب انعقد للميت اى يقومون مقامه فيستحقونه ابتداء من غير ان يثبت للميت لان القصاص ملك الفعل فى المحل بعد موت المجروح ولا يتصور الفعل من الميت ولهذا صح عفو الورثة قبل موت المجروح وانما صح عفو المجروح لان السبب انعقد له وقوله تعالى ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا نص على ان القصاص يثبت حقا للوارث ابتداء بخلاف الدين والدية لان الميت اهل للملك المال ولهذا لونصب شبكة فتعلق به صيد بعد موته يملكه واصل الاختلاف راجع الى ان استيفاء القصاص حق الورثة عنده وحق الميت عندهما فاذا كان القصاص يثبت حقا للورثة عنده ابتداء (فلا يصير احدهم خصما عن الباقين) فى اثبات حقهم بغير وكالة منهم وباقامة الحاضر البينة لايثبت القصاص فى حق الغائب (فلو برهن) احدهم (بقية اخيه على قتل ابيه فحضر) الاخ الغائب (يعيدها) ليتمكن من الاستيفاء (ويحبس القاتل) اذا قام الحاضر البينة بالاجماع لانه صار متهما بالقتل والمتهم يحبس (بخلاف الخطأ والدين) متعلق بقوله يعيدها

الخ) بعيد الاسناد الى مقام المؤلف رحمه الله لان الاكراه مباين للقضاء لاستناده للحجة والاكراه لاحجة معه وانما هو بغى محض ولو قيل بما ذكر لم يكن للقضاء فائدة ولا قائل به على انه لو سلم ورجع الامر الى حقيقة الاكراه وكان القاضى آلة فى يد المدعى صار القضاء منعدما وصار المدعى مستوفيا بنفسه وهو لو فعل ذلك حقيقة وسرى الى النفس لايقتص منه للشبهة كما هو مذكور متناوفى اثبات القصاص مع القضاء على هذا المنوال ابطال للمتن بل لكل متن ولا قائل به فليتأمل ولينتبه له (قوله وارش اليد من قطع الخ) يعنى سواء قضى بالقصاص اولم يقض وذلك فى ماله نص عليه الصدر الشهيد والبزدوى (قوله ضمن دية اليد عند ابى حنيفة) يعنى اذا برئت ولم تسر الى النفس (قوله وعندهما لايضمن) قال فى البرهان وهما يعنى الصاحبين اهدراه اى ارش اليد كما لو سرى الى نفسه وكما لو كان له قصاص فى الطرف فقطع اصابعه ثم عفا عنه فانه لايضمن الاصابع وهى للكف كالاطراف للنفس وكما لو قطع وماعفا وماسرى ثم حز رقبته قبل البرء اوبعده ولو قطع وماعفا وبرئ فهو على الخلاف فى الصحيح ولو حز رقبته قبل البرء فهو استيفاء فلا يضمن حتى لو حزها بعد البرء فهو على هذا الخلاف فى الصحيح انتهى ﴿ تنبيه ﴾ لاقصاص فى الشعر اى شعر كان كما فى قاضيخان والحبط والله اعلم

﴿ باب الشهادة فى القتل ﴾

اعلم الخ) ذكره الزيلعى

اى لوكان القتل خطأ لا يحتاج الى اعادة البينة لان موجبه المال وطريق ثبوته الميراث وكذا الدين اذا اقام احد الورثة بينة ان لابيه على فلان كذا فحضر اخوه لا يعيدها (برهن القاتل على عفو الغائب فالحاضر خصم ويسقط القود) اى اذا كان بعض الورثة غائبا وبعضهم حاضرا فاقام القاتل بينة على الحاضر ان الغائب قد عفا فالحاضر خصم لانه يدعى على الحاضر سقوط حقه فى القود وانتقاله الى المال فاذا قضى عليه صار الغائب مقضيا عليه تبعا له (كذا لو قتل عبد لرجلين احدهما غائب) يعنى اذا قتل عبد لرجلين احدهما غائب فادعى القاتل على الحاضر ان الغائب قد عفا عنه فالحاضر خصم ويسقط القود ان اثبت لما ذكر (اخبر وليان بعفو شريكهما فهو عفو للقصاص منهما) يعنى ان رجلا قتل عمدا وله ثلاثة اولياء فشهد اثنان منهم على صاحبهما انه قد عفا فان اخبارهما عفو للقصاص منهما وهذه المسئلة على وجوه اربعة ذكر الاول بقوله (فان صدقهما) اى المخبرين (القاتل والشريك فلا شئ له) اى الشريك لانه بتصديقه ابطل نصيبه (ولهما ثلثا الدية) لان نصيبهما صار مالا والثانى بقوله (وان كذباهما) اى كذب القاتل والشريك المخبرين (فلا شئ للمخبرين) لانهما باخبارهما اسقطا حقهما فى القصاص فانقلب مالا ولا مال لهما لتكذيب القاتل والشريك (ولشريكهما ثلثها) لان حق المخبرين لما سقط فى القصاص سقط حق شريكهما فيه لعدم تجزيه وانتقل الى المال وسقط حقهما فى المال ايضا لما ذكر فبقى حصة شريكهما وهى ثلث الدية والثالث بقوله (وان صدقهما القاتل وحده) اى وكذبهما الشريك (فلكل منهم ثلثها) لانه لما صدقهما اقر لهما بثلثى الدية فلزم وادعى بطلان حق الشريك فلم يصدق فتحول مالا وغرم القاتل الدية اثلاثا والرابع بقوله (وان صدقهما) اعنى المخبرين (الشريك فقط) اى كذبهما القاتل (فله) اى للشريك (ثلثها) اى يغرم القاتل ثلث الدية وهو نصيب الشريك (ويصرف الى المخبرين) لان زعم الشريك انه عفا لتصديقه المخبرين فلا شئ له على القاتل ولهما على القاتل ثلثا الدية وما بيده وهو ثلث الدية مال القاتل وهو من جنس حقهما فيصرف اليهما والقياس ان لا يلزمه شئ لانهما ادعيا المال على القاتل والقاتل ينكر فلم يثبت وما اقر به القاتل للشريك قد بطل بتكذيبه وجه الاستحسان القاتل بتكذيبه المخبرين قد اقر للمشهود عليه بثلث الدية لزعمه ان القصاص سقط باخبارهما بالعفو كابتداء العفو منهما والمقر له ما كذب القاتل حقيقة بل اضاف الوجوب الى غيره وفى مثله لا يرتد الاقرار كمن قال لفلان على مائة فقال المقر له ليس لى ولكنها لفلان فان المال للمقر له الثانى كذا هنا (اختلف شاهدا القتل فى زمانه او مكانا او آلته) بان قال احدهما قتله بعصا والآخر قتله بالسيف (او قال شاهد قتله بعصا و) قال (الآخر جهلت آلة قتله لغت) اى شهادتهما لان القتل يختلف باختلاف الزمان والمكان والآلة وتختلف احكامها والمطلق يغاير المقيد فكان على كل قتل شهادة فرد فردت (شهدا بقتله وقالا جهلنا آلته وجب الدية) والقياس ان لا يجب شئ لان القتل يختلف باختلاف الآلة فجهل المشهود به وجه الاستحسان انهم شهدوا بقتل مطلق والمطلق ليس

(قوله اخبر وليان بعفو الخ) فسر الاخبار بالشهادة ليفيد انه لا فرق لثبوت عفوهما بين كون الاخبار مجردا عن الدعوى من القاتل بعفو الثالث ولا بين كونه صدر بعد الدعوى من القاتل فيكون شهادة فكل منهما مستلزم لعفوهما وان اختلف ما يتعلق بالاستحقاق لاختلاف الحال (قوله وان صدقهما الشريك فقط فله ثلثها) قال الزيلعى فان قيل كيف يكون له الثلث وهو قد اقر انه لا يستحق على القاتل شيأ بدعواه العفو قلت ارتد اقراره بتكذيب القاتل اياه فوجب له ثلث الدية انتهى (قوله ويصرف الى المخبرين) هو الاصح كما فى التبيين (قوله وما فى يده) اى الشريك (قوله والقياس ان لا يلزمه) اى القاتل (قوله فكان على كل قتل شهادة فرد فردت) كذا لو كمل النصاب على كل منهما لتيقن القاضى بكذب احد الفريقين وعدم الاولوية بالقبول بخلاف ما اذا كمل احد الفريقين دون الآخر حيث يقبل الكامل منهما لعدم المعارض كما فى التبيين

بمجمل لا يمتنع العمل به قبل البيان فيجب اقل موجبيه وهو الدية وتجب فى ماله لان الاصل فى القتل العمد فلا تلزم العاقلة لما مر مرارا (اقر كل من رجلين بقتل زيد وقال الولى قتلتماه فله قتلهما) لان كلا منهما اقر بانفراده بكل القتل وبالقصاص عليه والمقر له صدقه فى وجوب القتل عليه ايضا لكنه كذبه فى انفراده بالقتل وتكذيب المقر له المقر فى بعض ما اقر به لا يبطل اقراره فى الباقى لان ذلك يوجب تفسيقه وفسق المقر لا يمنع صحة اقراره (ولو كان مكان اقرار شهادة لغت) اى شهدا بقتل زيد عمرا وآخران بقتل بكر اياه لغت الشهادتان لان تكذيب المشهود له الشاهد فى بعض ما شهد به يبطل شهادته لان التكذيب تفسيق وفسق الشاهد يوجب رد شهادته (شهدا) على رجل (بقتله خطأ وحكم بالدية فجاء المشهود له بقتله حيا ضمن العاقلة الولى) لانه قبض الدية بغير حق (او الشهود) لان المال تلف بشهادتهم (ورجعوا) اى الشهود (عليه) اى على الولى لانهم ملكوا المضمون وهو ما فى يد الولى كالغاصب مع غاصب الغاصب (والعمد كالخطأ الا فى الرجوع) اى اذا كان الشهادة على العمد فقتل به ثم جاء حيا تخير الورثة بين تضمين الولى الدية او الشهود فان ضمنوا الشهود لم يرجعوا على الولى عند ابى حنيفة لانهم اوجبوا للولى ما ليس بمال وهو القصاص فلا يوجبه لان يرجعوا بمال اذ لا مماثلة بينهما وعندهما يرجعون على الولى كما فى الخطأ (ولو) شهدا (على اقراره) اى اقرار القاتل بالخطأ او العمد ثم جاء حيا لم يضمنا اذ لم يظهر كذبهما فى شهادتهما (او) شهدا على شهادة (غيرهما فى الخطأ) وقضى بالدية على العاقلة ثم جاء حيا لم يضمنا ايضا اذ لم يظهر كذبهما فى شهادتهما لان المشهود به شهادة الاصول على القتل لا نفس القتل (ضمن الولى الدية) فى الصورتين للعاقلة لا ظهر انه اخذها منهم بغير حق ثم لما فرغ من مسائل الشهادة فى القتل شرع فى مسائل اعتبار حالة القتل فقال (العبرة بحالة الرمى لا الوصول) اعلم ان الاصل ان العبرة لوقت الرمى فى حق الضمان والحل لان الضمان انما يجب بالجناية وانما يصير الشخص جانيا بفعل يدخل تحت اختياره وهو الرمى لا الوصول (فتجب الدية على من رمى مسلما فارتد) المرمى عليه (فوصل) السهم اليه فمات فعلى الرامى الدية لورثة المرتد عند ابى حنيفة وقالا لا شئ على الرامى لان التلف حصل فى محل غير معصوم واتلاف غير المعصوم هدر وله ان المرمى اليه وقت الرمى معصوم والعبرة به (وتجب القيمة لسيد عبد رمى اليه) بصيغة المجهول اى صار مرميا اليه (فاعتقه فوصل) السهم اليه فمات لانه وقت الرمى مملوك وقال محمد يجب عليه فضل ما بين قيمته مرميا الى غير مرمى (و) يجب (الجزاء على محرم رمى صيدا فحل) اى خرج من الاحرام (فوصل) السهم اليه لانه وقت الرمى محرم (لا على حلال رماه فاحرم فوصل) لانه وقت الرمى غير محرم (ولا يضمن من رمى مقضيا عليه برجم فرجع شاهده فوصل) لانه وقت الرمى مباح الدم

كتاب الديات

جمع دية مصدر ودى القاتل المقتول اذا اعطى وليه المال الذى هو بدل النفس ثم قيل لذلك المال دية تسمية بالمصدر وفاؤها محذوفة كما فى عدة كذا فى المغرب

(قوله وتجب اى الدية فى ماله) يعنى فى ثلاث سنين (قوله وقال الولى قتلتماه فله قتلهما) قيد بقوله قتلتماه لانه لو قال صدقتما ليس له قتل واحد منهما لان تصديقه كل واحد منهما تكذيب للآخر فكانه قال لكل قتلته وحدك فيكون مقرا بعدم قتل الآخر بخلاف قوله قتلتماه لانه دعوى القتل من غير تصديق لهما فيقتلهما باقرارهما كما فى التبيين (قوله اى شهدا بقتل زيد عمرا وآخران بقتل بكرا اياه) يعنى وقال الولى قتلتماه لغت الشهادتان (قوله لان تكذيب المشهود له الشاهد فى بعض ما شهد به يبطل شهادته) المراد بتكذيبه نفى استقلال كل من المشهود عليهما بالقتل لانه لما قال قتلتماه لم يثبت القتل لكل منفردا فلهذا صار مكذبا لكل من البينتين فلغتا (قوله فتجب الدية على من رمى مسلما فارتد) يشير الى انه فى قلبه لا تجب بان رمى مرتدا او كافرا فاسلم وهو بالاجماع (قوله وقال محمد يجب عليه فضل ما بين قيمته الخ) وقول ابى يوسف متردد روى عنه ايجاب القيمة كقول الامام وروى عنه مثل قول محمد كما فى البرهان (قوله لا على حلال رماه فاحرم) يشير الى حله كما لو رماه مسلما فارتد

كتاب الديات

(قوله الدية الف دينار من الذهب وعشرة آلاف من الفضة ومائة من الابل) الواو بمعنى او وكلامه يشير الى ان الواجب احد الثلاثة سواء كان القتل خطأ وشبه عمد وبه صرح فى شرح المجمع وعليه يكون الخيار للقاتل فى دفع ايها شاء ولو فى شبه العمد وصريح المحيط خلافه حيث قال واما مقدارها فالدية نوعان مخففة ومغلظة فالمخففة دية الخطأ وهى ثلاثة اصناف من الابل والعين والورق قال ابو حنيفة رحمه الله تعالى من الابل مائة ومن العين الف دينار ومن الورق عشرة آلاف وللقاتل الخيار يؤدى اى نوع شاء واما كيفية اسنان الابل فى دية الخطأ خمسة انواع عشرون بنت مخاض وعشرون ابن مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون حقة وعشرون جذعة واما الدية المغلظة فهى دية شبه العمد وهى اربعة انواع خمس وعشرون بنت لبون وخمس وعشرون بنت مخاض وكذلك من الجذعات والحقاق انتهى فهذا نص على موجب شبه العمد وعلى ان

القاتل فى شبه العمد لا يخير بين دفع الورق او العين او الابل اللازم عليه الابل وكلام الهداية يشير الى هذا وهو صريح ما تقدم اول كتاب الجنايات من ان حكم شبه العمد الاثم والكفارة ودية مغلظة على العاقلة انتهى فلو كان الواجب ابتداء ما هو عم من الابل لم يكن للتغليظ فائدة لانه يختار الاخف فتفوت حكمة التغليظ نصا فليكن على ذكر منك لتحرره (قوله وقالا منها ومن البقر الخ) هو رواية عن ابى حنيفة ويؤخذ البقر من اهل البقر والحلل من اهلها قيمة كل بقرة خمسون درهما وقيمة كل حلة كذلك وهى ثوبان ازار ورداء والشاء من اهل الشاء قيمة كل شاة خمسة دراهم كما فى البرهان وتفسير الحلة بالازار والرداء هو المختار وفى النهاية قيل فى زماننا قميص وسراويل كما فى التبيين (قوله ان تغليظ الدية روى عن عمر وعلى) كذا عن عثمان رضى الله تعالى عنهم كما فى التبيين (قوله وعند محمد والشافعى ثلاثون حقة

والارش اسم للواجب على ما دون النفس (الدية الف دينار من الذهب وعشرة آلاف درهم من الفضة ومائة من الابل فقط) يعنى ان الدية عند ابى حنيفة لا تكون الا من هذه الاموال الثلاثة وقالا منها ومن البقر مائتا بقرة ومن الغنم الفا شاة ومن الحلل مائتا حلة كل حلة ثوبان (وهذه) اى الابل (فى شبه العمد ارباع) بين الارباع بقوله (من بنت مخاض) خمس وعشرون (ومن بنت لبون) خمس وعشرون (ومن حقة) خمس وعشرون (ومن جذعة) خمس وعشرون (وهى) الدية (المغلظة) نقل فى غاية البيان عن شرح القدورى ان تغليظ الدية روى عن عمر وعلى وابن مسعود وزيد وابى موسى الاشعرى والمغيرة بن شعبة وان اختلفوا فى كيفية التغليظ فعند ابى حنيفة وابى يوسف ما ذكر ههنا وعند محمد والشافعى ثلاثون حقة وثلاثون جذعة واربعون ثنية كلها خلفات فى بطونها اولادها (وفى الخطأ) عطف على فى شبه العمد اى الابل فى الخطأ (اخماس منها) اى من المذكورات الاربع (ومن ابن مخاض) عشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون حقة وعشرون جذعة وعشرون ابن مخاض وهذا قول ابن مسعود رضى الله عنه فاخذنا بذلك (وكفارتهما ذكر فى النص) وهو عتق رقبة مؤمنة وان عجز عنه صام شهرين ولاء (ولا يصح الاطعام) اذ لم يرد به نص والمقادير تعرف بالتوقيف (والجنين) اذ لم نعرف حياته ولا سلامته (ويصح رضيع احد ابويه مسلم) لانه مسلم تبعا والظاهر سلامة اطرافه (ودية المرأة نصف دية الرجل فى النفس وما دونها) وقد ورد هذا اللفظ موقوفا عن على رضى الله عنه ومرفوعا الى النبى صلى الله

وثلاثون جذعة واربعون ثنية كلها خلفات فى بطونها اولادها) الضمير فى كلها للثنيات لقوله صلى الله عليه وسلم الا ان دية الخطأ شبه العمد ما كان بالسوط والعصا مائة من الابل منها اربعون فى بطونها اولادها رواه ابو داود والنسائى وابن ماجه فى صحيحه من حديث عبد الله بن عمرو العاصى ورواه النسائى وابن ماجه من حديث عبد الله بن عمرو وروى ابو داود عن مجاهد ان عمر رضى الله تعالى عنه قضى فى شبه العمد بثلاثين حقة وثلاثين جذعة واربعين خلفة ما بين ثنية الى بازل عامه كلها خلفات ورواه عن على اثلاثا ثلاث وثلاثون حقة وثلاث وثلاثون جذعة واربع وثلاثون ثنية الى بازل عامه كلها خلفات كذا فى البرهان (قوله وكفارتها) افراد الضمير باعتبار النفس المقتولة والاولى ان يثنى ليظهر كونه للقتل خطأ وشبه عمد الا ان يقال لما كان شبه العمد خطأ بالنظر الى القتل وان كان عمدا بالنظر الى الضرب افرد الضمير لاتحاد حكم الكفارة فى الخطأ وشبه العمد انتهى على ان هذا اى ذكر الكفارة مستغنى عنه بما قدمه اول كتاب الجنايات فلا احتياج الى اعادته بالا مزيد عليه

قوله والذمى فيها كالمسلم اى سواء كان كتابيا او مجوسيا وفيه اشارة الى ان المستأمن ليس مثله وبه صرح فى الجوهرة عن النهاية فقال ولا دية فى المستأمن هو الصحيح انتهى وقال الزيلعى والمستأمن ديته مثل دية الذمى فى الصحيح لما روينا انتهى فقد اختلف التصحيح (قوله والمارن) كذا لو قطعه مع القصبة لا يزيد على دية واحدة كما فى الجوهرة والتبيين (قوله واللسان ان منع النطق) يشير الى انه لا يلزمه الدية بلسان الاخرس والواجب فيه ما قال فى الجوهرة اما لسان الاخرس ففيه الحكومة (قوله او اداء اكثر الحروف كذا فى شرح المختار اه وقال فى الهداية لو قدر على التكلم ببعض الحروف قيل تقسم الدية على عدد الحروف وقيل على عدد حروف تتعلق باللسان فبقدر ما لا يقدر يجب وقيل ان قدر على اداء اكثرها تجب حكومة عدل لحصول الافهام مع الاختلال وان عجز عن اداء الاكثر يجب كل الدية لان الظاهر انه لا يحصل منفعة الكلام اه وفى المحيط مثل الهداية قال ﴿١٠٤﴾ والاصح هو الاول انتهى اى قسمة الدية على عدد الحروف مطلقا انتهى وكذا قال الامام خواهر زادة الاول اصح اى قسمتها على عدد الحروف وهى ثمانية وعشرون حرفا انتهى ولكن قال فى الجوهرة والصحيح انه يقسم على عدد حروف اللسان وهى ثمانية عشر حرفا انتهى وكذا قال قاضيخان وان منع بعض الكلام دون البعض تقسم دية اللسان على الحروف التى تتعلق باللسان فتجب الدية بقدر ما فات انتهى (قوله واللحية ان حلقت ولم تنبت) يعنى بعد تأجيل المجنى عليه سنة وان مات قبل تمامها ولم تنبت لا شئ على الجانى وان نبت بعضها دون بعض ففيه حكومة وهكذا اى لزوم الدية فى الحر غير الكوسج وفى العبد نقصان القيمة على الظاهر وروى الحسن كمال القيمة واختلفوا فى لحية الكوسج والاصح ان كان فى ذقنه شعرات معدودة فليس فى حلقه شئ لان وجودها يشينه ولا يزينه وان كان ذلك على الخد والذقن جميعا لكنه غير متصل ففيه حكومة عدل وان كان متصلا ففيه كمال الدية لانه ليس بكوسج وهذا اذا لم تنبت كما ذكر وان نبت حتى استوى كما كان لا يجب شئ ويؤدب (فى) على ذلك لارتكابه المحرم فان نبت ابيض لا يلزمه شئ عند ابى حنيفة فى الحر وعندهما حكومة عدل كما فى العبد ويستوى العمد والخطأ فى حلق الشعر كما فى التبيين وقاضيخان (قوله وكذا اشفار العينين) يجوز ان يراد بالاشفار حروف العينين وهو حقيقة فيه ويجوز ان يراد به الاهداب تسمية للحال باسم المحل وايهما اريد كان مستقيما لان فى كل واحد دية كاملة ولو قطع الجفون باهدابها تجب دية واحدة كالمارن مع القصبة والموضحة مع الشعر كما فى التبيين واذا نبتت الاهداب فلا شئ ولا قصاص اى لم تنبت لانه لا قصاص فى الشعر وتجب الدية كما فى الجوهرة وقدمنا مثله ولم يذكر التأجيل ولعله كاللحية (قوله كما فى كل سن الخ يعنى سن الرجل ودية سن المرأة نصف دية سن الرجل كما فى الجوهرة

الله عليه وسلم (والذمى فيها) اى الدية (كالمسلم) لقوله صلى الله عليه وسلم دية كل ذى عهد فى عهده الف دينار وبه قضى ابو بكر وعمر رضى الله عنهما (وفى النفس) هو وما عطف عليه خبر لقوله الآتى دية (والمارن واللسان ان منع النطق او اداء اكثر الحروف والذكر والحشفة والعقل والسمع والبصر والشم والذوق واللحية ان حلقت ولم تنبت وشعر الرأس) ايضا ان حلق ولم تنبت (دية) اعلم ان الجانى ان فوت فى الاطراف جنس المنفعة على الكمال او ازال ما قصد فى الآدمى من كمال الجمال تجب عليه كل الدية لاتلافه النفس من وجه وهو ملحق بالاتلاف من كل وجه تعظيما للآدمى اصله قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم بالدية كلها فى اللسان والانف وقد قضى عمر رضى الله عنه لرجل على رجل باربع ديات بضربة واحدة وقعت على رأسه ذهب بها عقله وسمعه وبصره وكلامه (كذا كل ما فى البدن اثنان) كالحاجبين والعينين والرجلين واليدين والشفتين والاذنين والانثيين وثديى المرأة فان الواجب فى كل اثنين منها دية كاملة (وفى احدهما نصفها) كذا روى فى حديث سعيد بن المسيب رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم وفى كل واحد من هذه الاشياء نصف الدية وفيما كتبه النبى صلى الله عليه وسلم لعمرو بن حزم رضى الله عنه وفى العينين الدية وفى احدهما نصف الدية ولان فى تفويت الاثنين منها تفويت جنس المنفعة او كمال الجمال فيجب كمال الدية وفى تفويت احدهما تفويت النصف فيجب نصف الدية (وكذا اشفار العينين) حيث يجب فى كلها دية كاملة وفى الاثنين منها نصفها (وفى احدها) (اى احد الاشفار (ربعها) اى ربع الدية لما ذكر (وفى كل اصبع يد او رجل عشرها) لقوله صلى الله عليه وسلم فى كل اصبع عشر من الابل (وما فيها مفاصل) ثلاثة (ففى احدها ثلث دية اصبع) لانه ثلثها (ونصفها) اى نصف دية اصبع لو فيها مفصلان) كالابهام لانه نصفها وهو نظير انقسام دية اليد على الاصابع (كما فى كل سن) يعنى يجب

فى كل سن نصف عشر الدية وهو خمس من الابل لقوله صلى الله عليه وسلم فى حديث ابى موسى الاشعرى رضى الله عنه وفى كل سن خمس من الابل ومن الدراهم خمسمائة درهم فان قيل لو قلنا بذلك يزيد على دية واحدة اذا اتلف كل الاسنان لانها فى الغالب اثنان وثلاثون سنا وفى اتلاف كلها اتلاف النفس من وجه لتفويت جنس المنفعة لانها تصير كالهالكة معنى وحكم الاتلاف من وجه لا يجوز ان يزيد على الاتلاف من كل وجه قلنا هذا ثابت بخلاف القياس بالنص فلا يرد السؤال كذا فى غاية البيان واذا ثبت هذا بخلاف القياس كان غير معقول المعنى فلا يجب ان يذكر له وجه معقول وان اريد ذلك بطريق التبرع فالوجه ماذكره صدر الشريعة ان عدد الاسنان وان كان اثنين وثلاثين فالاربعة الاخيرة وهى اسنان الحلم قد لا تنبت لبعض الناس وقد ينبت لبعضهم بعضها وللبعض كلها فالعدد المتوسط للانسان ثلاثون ثم للانسان منفعتان الزينة والمضغ فاذا سقط سن بطل منفعتها بالكلية ونصف منفعة السن التى تقابلها وهى منفعة المضغ وان كان النصف الآخر وهو الزينة باقيا واذا كان العدد المتوسط ثلاثين فمنفعة السن الواحدة ثلث العشر ونصف المنفعة سدس العشر ومجموعهما نصف العشر (وفى عضو زال نفعه بضرب ديته كيد شلت وعين عميت وصلب انقطع نسله) لان وجوب الدية يتعلق بتفويت جنس المنفعة ولا عبرة للصورة بلا منفعة الا اذا تجردت من المنفعة عند الاتلاف فحينئذ تجب فيه حكومة عدل ان لم يكن فيه جمال كاليد الشلاء او ارشه كاملا ان كان فيه ذلك كالاذن الشاخصة ذكره الزيلعى

فصل

(لا قود فى الشجاج الا فى الموضحة عمدا) وهى التى توضح العظم اى تبينه لامكان اعتبار المساواة فيها بان يسبر غورها بالمسبار ثم يتخذ حديدة بقدر ذلك فيقطع بها مقدار ما قطع وفى ظاهر الرواية يجب القصاص فيما دونها ايضا ذكره محمد فى الاصل وهو الاصح لامكان اعتبار المساواة فيه ايضا ماذكر فى الموضحة ذكره الزيلعى (وفيها خطأ نصف عشر الدية وفى الهاشمة عشرها) وهى التى تكسر العظم (والمنقلة عشرها ونصف عشرها) وهى التى تنقل العظم بعد الكسر (والآمة) وهى التى تصل الى ام الدماغ وهى جلدة رقيقة تجمع الدماغ وبعد الآمة شجة تسمى الدامغة بالغين المعجمة وهى التى تصل الى الدماغ لم يذكرها محمد رحمه الله عليه لان النفس لا تبقى بعدها عادة فتكون قتلا لا من الشجاج والكلام فيها (او الجائفة) وهى التى تصل الى الجوف (ثلثها) كل ذلك ثبت بالحديث (وفى جائفة نفذت) الى الجانب الآخر (ثلثاها) لان ابابكر رضى الله عنه هكذا حكم ولانهما جائفتان (وفى الحارصة) هو وما عطف عليه خبر لقوله الآتى حكومة عدل وهى بالحاء المهملة التى تحرص الجلد اى تخدشه ولا تخرج الدم (والدامعة) بالعين المهملة وهى التى تظهر الدم ولا تسيله بل تجمع فى موضع الجراحة كالدمع فى العين (والدامية) وهى التى تسيل الدم (والباضعة) وهى التى تبضع الجلد اى تقطعه (والمتلاحمة) وهى التى تأخذ فى اللحم وتقطعه (والسمحاق) وهى التى

(قوله فالوجه ماذكر صدر الشريعة الخ) هو وان كان ظاهرا فى الجواب غير مطرد اذ ينتقض بقطع نحو الابهام او المسبحة لعدم ايجاب الشارع ازيد من خمسة من تمام دية النفس وان كان جارتها من الاصابع لا يحصل تمام منفعتها الا بما يجاورها (قوله فانقطع نسله) فيه نظر لان قطع النسل لا يوقف عليه فحق العبارة ان يقال فانقطع ماؤه ليدار الحكم على سببه الظاهر وهو نزول الماء وقوله ذكره الزيلعى هو لم يذكر فانقطع نسله فانقطع ماؤه وكذا قال قاضيخان ضرب على الظهر فانقطع ماؤه وعلله الزيلعى بقوله لان فيه تفويت منفعة كاملة وهى منفعة النسل انتهى

فصل فى الشجاج

(قوله وفى ظاهر الرواية يجب القصاص فيما دونها) شامل للسمحاق وفيه تسامح لما قال الجوهرة ذكر محمد فى الاصل وهو ظاهر الرواية ان ما قبل الموضحة فيه القصاص الا فى السمحاق فانه لا قصاص فيه اجماعا لعدم المماثلة لانه لا يقدر ان يشق حتى ينتهى الى جلدة رقيقة فوق العظم وانما خص ما دون الموضحة بالحكم احترازا عما فوقها كالهاشمة والمنقلة لانه لا قصاص فيه اجماعا انتهى (قوله وفيها خطأ نصف عشر الدية) يعنى فيجب خمس من الابل ان كان المجنى عليه رجلا ونصفها اى الخمسة ان كان امرأة كما فى الجوهرة (قوله والجائفة موضعها ما بين اللبة والعانة) كما فى الخانية (قوله والدامية وهى التى تسيل الدم) كذا قاله الزيلعى ثم قال وذكر المرغينانى ان الدامية هى التى تدمى من غير ان يسيل منها دم هو الصحيح مروى عن ابى عبيد انتهى (قوله والمتلاحمة الخ) هو ظاهر الرواية والاختلاف الذى فى تفسير الشجاج راجع الى مأخذ الاشتقاق لا الحكم كما فى التبيين وكذا قال قاضيخان هى التى تدق ولا تقطع

(قوله حكومة عدل) لا فرق فيه بين العمد وغيره وعليه الفتوى كما في الكافي والوقاية وفي ظاهر الرواية يجب القصاص كما في البرهان وكما قدمه المصنف اول الفصل من الزيلعي (قوله فيفرض ان هذا الحر عبد الخ) قاله الطحاوي (قوله ذكره الزيلعي) صحح برجوعه الى قوله وقال شيخ الاسلام واما قوله وبه يفتي احترازا الخ فليس عبارة الزيلعي فانه قال بعد حكاية قول الطحاوي وقال الكرخي ماذكره الطحاوي ليس بصحيح لانه لو اعتبر بذلك الطريق فربما يكون نقصان القيمة اكثر من نصف عشر الدية فيؤدي الى ان يوجب في هذه الشجاج وهو مادون الموضحة اكثر مما اوجبه الشرع في الموضحة وانه محال بل الصحيح الاعتبار بالمقدار وقال الصدر الشهيد ينظر المفتي في هذا ان امكنه الفتوى بالثاني بان كانت الجناية في الرأس والوجه يفتي بالثاني اي قول الكرخي وان لم يتيسر عليه ذلك يفتي بالقول الاول لانه ايسر قال وكان المرغيناني يفتي به وقال في المحيط والاصح انه ينظر كم مقدار هذه الشجة من اقل شجة لها ارش مقدر فان كان مقداره مثل نصف شجة لها ارش او ثلثها وجب نصف او ثلث ارش تلك الشجة وان كان ربعا فربع ذكره بعد القولين فكانه جعله قولا ثالثا والاشبه ان يكون هذا تفسير القول الكرخي وقال شيخ الاسلام قول الكرخي اصح الى آخر ماذكره المصنف (قوله يعني ان الارش لا يزيد بسبب الكف) هذا في الثلاث فازاد اتفاقا واما اذا كان معه اصبعان او اصبع فهو تبع ايضا عنده واوجبا الاكثر من الارش وحكومة الكف وادخلا الاقل في الاكثر كما في البرهان (قوله طريق ذهاب السمع الخ) لم يبين بعده طريق معرفة ذهاب الشم والذوق والكلام ورأيت بخط شيخ استاذي العلامة علي المقدسي ان في الكلام يغرز لسانه بابرة فان خرج منه دم اسود فصادق وان خرج احمر فلا وفي الشم بالروائح الكريهة اه قلت والذوق يمكن معرفته باستقباله باطعامه نحو حنظل بعد حلو (قوله وطريق معرفة ذهاب البصر الخ) هذا وقال قاضيخان قال بعضهم اذا اخبر رجلان من اهل العلم انه قد ذهب بصره يؤخذ بقولهما وقال محمد بن مقاتل رضي الله عنه يقام المضروب مستقبل الشمس مفتوح العين ان دمعت عينه علم ان بصره قائم وان لم تدمع علم انه ذهب

تصل الى جلدة رقيقة بين اللحم وعظم الرأس وتسمى سمحاقا (حكومة عدل) اذ ليس فيها ارش مقدر شرعا ولا يمكن اهدارها فيجب فيها حكومة عدل وهو مأثور عن ابراهيم النخعي وعن عمر بن عبد العزيز فبين الحكومة بقوله (فيقوم عبدا بلا هذا الاثر ثم معه فقدر التفاوت بين القيمتين من الدية هو الحكومة) فيفرض ان هذا الحر عبد وقيمته بلا هذا الاثر الف درهم ومعه تسعمائة درهم فالتفاوت بينهما مائة درهم وهو عشر الالف فيؤخذ هذا التفاوت من الدية وهي عشرة الآف درهم فعشرها الف درهم فهو حكومة العدل (وبه يفتي) احتراز عما ذكره الكرخي انه ينظر في مقدار هذه الشجة من الموضحة فيجب بقدر ذلك من نصف عشر الدية وقال شيخ الاسلام قول الكرخي اصح لان عليا رضي الله عنه اعتبره بهذا الطريق فيمن قطع طرف لسانه ذكره الزيلعي (وفي اصابع يد بلا كف ومعها نصف الدية) يعني ان الارش لا يزيد بسبب الكف لانه تابع بل الواجب في كل اصبع عشر من الابل فيكون في الخمسة خمسون ضرورة وهو نصف الدية (ومع نصف الساعد نصف دية) للاصابع (والحكومة لنصف الساعد (وفي كف فيها اصبع عشرها) لاصبع (وان كان اصبعان فخمسها) الاصبعين (ولا شيء في الكف) لما مر (وفي اصبع زائدة) هو وما عطف عليه خبر لقوله الآتي الحكومة (وعين صبي وذكره ولسانه ان لم يعلم صحته) اي صحة كل من الثلاثة (بما يدل على نظره) في العين (وبحركة ذكره) في الذكر (وبكلامه) في اللسان (الحكومة وان علمت) اي صحته (فالدية) فان حكمه بعد ذلك حكم البالغ في العمد والخطأ (ودخل ارش موضحة اذهبت عقله او شعر رأسه في الدية) يعني اذا شج رجلا موضحة فذهب عقله او شعر رأسه ولم ينبت دخل ارش الموضحة في الدية لان فوات العقل يبطل منفعة جميع الاعضاء اذ لا ينتفع بدونه فصار كما اذا اوضحه فمات وارش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر حتى لو نبت الشعر سقط ارشها والدية وجبت بفوات الشعر وقد تعلقا جميعا بسبب واحد وهو فوات الشعر فيدخل الجزء في الكل كمن قطع اصبع رجل فشلت به يده (بخلاف اذهاب السمع او البصر او النطق) اي لو شجه موضحة فذهب احد هذه الاشياء لا يدخل ارش الموضحة في ارش واحد منها لان كلا منها جناية فيما دون النفس والمنفعة مختصة به فاشبه الاعضاء المختلفة بخلاف العقل لان نفعه عائد الى جميع الاعضاء كما مر (طريق معرفة ذهاب السمع ان يترك ان يغفل عليه حتى يغفل ثم ينادي ان اجاب او التفت علم انه لم يذهب) كذا في الفتاوى الصغرى (وطريق معرفة ذهاب البصر ان يرى اهل البصيرة فان (قالوا)

بصره اه قال ويمكن اختباره بالقاء حية ميتة بين يديه غفلة ونحوها (قوله بل دية المفصل فقط ان لم ينتفع بما بقي والحكومة فيما بقي ان انتفع به) سهو فانه اوجب الحكم مخالفا المنقول المذهب وليس صحيحا فانه نقل في النهاية من شرح الطحاوي اذا قطع من اصبع مفصلا واحدا فشل الباقي من الاصبع او الكف لا يجب القصاص ولكن تجب الدية فيما شل منه ان كان اصبعا فدية الاصبع وان كان كفا فدية الكف وهذا بالاجماع اه وقال في غاية البيان واجمعوا انه لو قطع مفصلا من اصبع فشل الباقي او قطع الاصابع فشلت الكف فانه يجب في الكل الارش ويجعل كله جناية واحدة اه فقول المصنف بل دية المفصل فقط ان لم ينتفع بما بقي والحكومة فيما بقي ان انتفع به لا يستقيم وهذا اول شيء فتح الله سبحانه علي به وكتبته في سنة ست عشرة والف فلله الحمد والمنة (قوله ذكره الزيلعي) لم يذكره الزيلعي فان عبارته وان كان عضوا واحدا بان قطع الاصبع من المفصل الاعلى فشل ما بقي منها يكتفي بارش واحد ان لم ينتفع بما بقي وان كان ينتفع به تجب دية المقطوع وتجب حكومة عدل في الباقي بالاجماع وكذا اذا كسر نصف السن واسود ما بقي او اصفر او احمر تجب دية السن كله بالاجماع اه فان قيل لا مخالفة بينه وبين كلام الزيلعي لان الزيلعي قال يكتفي بارش واحد ان لم ينتفع بما بقي وهو مفهوم عبارة المصنف التي هي بل دية المفصل فقط ان لم ينتفع بما بقي قلت قول الزيلعي يكتفي بارش واحد ان لم ينتفع بما بقي المراد به ارش اصبع بدليل قوله وكذا اذا كسر نصف السن الخ واما قول المصنف بل دية المفصل فقط فلا يفيد ذلك بل دية المفصل لا دية باقي الاصبع ايضا لانه قابله بقوله والحكومة فيما بقي لانتفاء التقدير الشرعي فيه ان انتفع به اه (قوله فنبت سن الاول) يعني كما كان اما اذا نبت معوجا ففيه حكومة عدل عند ابي حنيفة ولو نبت الى النصف فعليه نصف الارش اه (قوله وجب الارش في الصورتين) المراد بالارش في الاولى ديته الا في الخانية انه خمسمائة اه ولعله كذلك في الثانية لما في التبيين انه على القاطع كمال الارش ثم قال وفي النهاية قال شيخ الاسلام رحمه الله هذا اذا لم تعد الى حالها الاول بعد النبات في المنفعة والجمال واما اذا عادت فلا شيء عليه

قالوا بذهابه وجب الدية وان قالوا لا ندري اعتبر الدعوى والانكار) بان يقول المجني عليه للجاني اذهبت بصري فاذا انكر يطالب المدعي بالبينة فاذا عجز (فيكون القول للضارب مع يمينه على البتات دون العلم) اي يحلف بان هذه الجناية لم تصدر عنه فان نكل حكم عليه ذكره في الصغرى ايضا (لا قود في اذهاب عينيه بل دية الموضحة والعينين) يعني شج رجلا موضحة فذهبت عيناه فلا قصاص فيه بل تجب الدية فيهما لان سراية الفعل مع ابتداء الفعل كشيء واحد فان السراية لا تنفصل عن الجناية وقد اتحد المحل من وجه بواسطة اتصال احدهما بالآخر واذا لم يكن آخر الفعل موجبا للقود لا تكون اوله موجبا له لانه بالنظر الى الابتداء ان كان عمدا فبالنظر الى الانتهاء خطأ فصار خطأ من وجه دون وجه فلا يكون موجبا للقود للشبهة (ولا بقطع اصبع شل جاره) لانه ايضا من قبيل السراية (بل الدية فيهما) لان القصاص لما سقط وجب ارش كل منهما لكونهما عضوين مستقلين (او اصبع) اي لا قود ايضا في اصبع (قطع مفصله الاعلى فشل ما بقي) لانه ايضا من قبيل السراية (بل دية المفصل) لانه مقدر شرعا (فقط) ان لم ينتفع بما بقي (والحكومة فيما بقي) لانتفاء التقدير الشرعي فيه (ان انتفع به) وانما كان كذلك لكونهما عضوا واحدا ذكره الزيلعي (ولا) قود ايضا (بكسر نصف سن) اسود باقيها او احمر او اخضر او دخلها عيب بوجه ما (بل) يجب (كل دية السن) كذا في الكافي وقال في الخلاصة ثم فيما اذا اخضرت او اسودت او احمرت انما يجب الدية (اذا فات منفعة المضغ والا فلو) كان السن (عاري) حال التكلم (تجب) الدية (ايضا) اي كما في الوجه الاول (والا فلا شيء) وعلى هذا لا يبقى كلام الكافي على اطلاقه (واختلف في الاصفرار والمختار الدية) كما في سائر الالوان كذا في الخلاصة (اقاد) يعني نزع رجل سن رجل فانتزع المنزوع منه سن النازع (فنبت سن الاول او قلعها) اي قلع رجل سن رجل (فردت الى مكانها ونبت عليها اللحم وجب الارش في الصورتين) اما في الاول فلانه تبين ان الاستيفاء كان بغير حق لكن لا يجب القصاص للشبهة فيجب المال لان الموجب فساد المنبت ولم يفسد حيث نبت مكانها اخرى فانعدمت الجناية واما في الثانية فلان ثبات اللحم لا اعتبار له لان العروق لا تعود (وكذا الاذن) يعني اذا قطع اذنه فألصقها فالتحمت يجب الارش لانها لا تعود الى ما كانت عليه (لا) اي لا يجب (الارش ان قلعت سن فنبتت اخرى) لان الجناية قد زالت ولهذا لو قلع سن صبي

فنبت فى مكانها اخرى لايلزمه شئ بالاجماع لعدم فساد المنبت حيث نبت مكانها اخرى لم تفت المنفعة ولا الزينة (او التحم شجة) يعنى شج رجلا فالتحمت ولم يبق لها اثر ونبت الشعر سقط الارش لزوال الشين الموجب له (او جرح بضرب) يعنى ان ضرب رجلا مائة سوط مثلا فجرحه وبرئ ولم يبق اثر سقط الارش لزوال الشين (ولم يبق اثر) قيد للصورتين (صبى ضرب سن صبى فانتزعها ينتظر بلوغ المضروب ان بلغ ولم تنبت تجب على عاقلته الدية واو من العجم ففى ماله) كذا فى الخلاصة وسيأتى فى كتاب المعاقل انه المختار (لطم) رجل (رجلا فكسر بعض اسنانه يستحق) المضروب (من الضارب ذلك القدر) كذا فى الخلاصة وطريقه ان يبرد بالمبرد حتى يكون سنه مثل سن المضروب فان قلت هذا ليس بعمد بل شبهه وقدمر ان لا قود فيما دون العمد قلت قدمر ايضا ان شبه العمد فيما دون النفس عمد فلا تغفل (لايقاد جرح الا بعد برء) لقوله صلى الله عليه وسلم يستأنى فى الجراحات سنة اى ينتظروا لان الجراحات يعتبر فيها مآلها لا حالها لاحتمال السراية الى النفس فيظهر انه قتل وانما يستقر الامر بالبرء عمد المجنون والصبى خطأ (وعلى عاقلتهما الدية) لما روى عن على كرم الله وجهه انه جعل عقل المجنون على عاقلته وقال عمده وخطؤه سواء ولان الصبى مظنة العذر والعاقل الخاطئ لما استحق التخفيف حتى وجب الدية على العاقلة فالصبى وهو اعذر اولى بهذا التخفيف (ان لم يكن من العجم) وان كان منهم ففى ماله لما مرانه المختار (بلا كفارة) لانها كاسمها ستارة ولا ذنب لهما تستره لانهما مرفوعا القلم (ولا حرمان ارث) لانه عقوبة وهما ليسا من اهلها

﴿ فصل ﴾

(ضرب بطن امرأة حرة) احتراز عن الامة وسيأتى حكمها (فالقت جنينا ميتا وجبت غرة هى نصف عشر دية الرجل) وهو خمسمائة درهم (لو كان الجنين (ذكرا وعشر دية المرأة لو) كان الجنين (انثى) وهى ايضا خمسمائة درهم لما روى انه صلى الله عليه وسلم قال فى الجنين غرة عبد او امة قيمته خمسمائة وروى او خمسمائة فيكون الغرة نصف عشر الدية انما سمى الرقيق غرة لانه غرة ما يملك اى خيره وافضله واطلاق الغرة وهى الوجه على الجملة كاطلاق رقبة كذا فى الفائق (فى سنة) لما روى عن محمد بن الحسن رحمه الله تعالى انه قال بلغنا ان رسول الله صلى الله عليه وسلم جعل على العاقلة فى سنة (وتقسم بين ورثته سوى ضاربه) ان كان وارثا لما مر ان القاتل لا يرث (ولا كفارة عليه) اى الضارب لان فيها معنى العقوبة وقد عرفت انها فى النفوس المطلقة فلا تتعداها (ودية) عطف على غرة اى وفيه دية واحدة (ان كان حيا فمات) لانه اتلف حيا بالضرب السابق (وديتان ان كان) المضروب (جنينين فماتا) لان الجزاء يتعدد بتعدد الجناية (وغرة ودية ان) كان الجنين (ميتا فماتت الام) الغرة للجنين والدية للام (ودية الام فقط ان ماتت) الام (فالقت) جنينا (ميتا) لان موت الام سبب لموته ظاهرا لان حياته بحياتها وتنفسه بتنفسها (وديتان ان القت حيا فمات) دية للام ودية للجنين لانه قتلهما فصار كما اذا القته حيا ومات (وفى جنين الامة نصف عشر قيمته فى الذكر وعشر قيمته

(قوله وبرئ ولم اثر سقط الارش) هذا قول ابى حنيفة وقال ابو يوسف عليه ارش الالم وهو حكومة عدل وقال محمد عليه اجرة الطبيب وفى شرح الطحاوى فسر قول ابى يوسف عليه ارش الالم باجرة الطبيب والمداواة فعلى هذا لا خلاف بين ابى يوسف ومحمد كذا فى التبيين (قوله ضرب سن صبى فانتزعها ينتظر بلوغ المضروب) قيد بالصبى لما فى النهاية الصحيح انه يستأنى فى سن البالغ حتى يبرأ لان نباته نادر ولا يفيد تأجيله الى سنة فيؤخر الى البرء ليعلم عاقبته وعزاه الى التتمة كذا فى التبيين (قوله لطم رجلا فكسر بعض اسنانه) قدم فى باب القود فيما دون النفس ما يغنى عنه وقدمنا تقييد القصاص فى كسر بعض السن بما اذا كان عرضا وقال فى الخلاصة بعد ما نقله المصنف عنها انه ان كان كسرا مستويا يستطاع فى مثله القصاص اقتص منه ببرد وان كان كسرا مثلما ليس بمستو بحيث لا يستطاع ان يقتص منه فعليه ارش ذلك اه (قوله لما مر انه المختار) الضمير للاستثناء

﴿ فصل ﴾

(قوله جعل على العاقلة فى سنة) اى قضى بالغرة على العاقلة فى سنة لما قال الزيلعى لنا ما روى عن محمد بن الحسن انه قال بلغنا ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالغرة على العاقلة فى سنة (قوله وفى جنين الامة الخ) قال فى البرهان وما يجب من المال فهو فى مال الضارب حالا وقيل يوجب ابو يوسف نقص قيمة الام ان تمكن فيها نقص وان لم تمكن لا يجب شئ كالبهيمة اه

في الاتى) لان القيمة في الامة كالدية في الحرة ولا يلزم منه كون الواجب في الانثى اكثر من الواجب في الذكر فيما اذا كان قيمة الجارية اكثر من قيمة الغلام لانه نادر والغالب ان قيمته تزيد على قيمتها بكثير حتى ان قومت جارية بألف درهم يقوم غلام مثلها في الصفات المرغوبة بالفي درهم فلا نلزم الاكثرية هذا اذا كان الجنين من غير مولاها ومن غير المغرور واما اذا كان من احدهما ففيه الغرة المذكورة في جنين الحرة ذكرا كان او انثى لانه حر ذكره الزيلعي (فان ضربت فاعتق سيدها) وقع في عبارة الوقاية سيده كأنه سهو من الناسخ لان الضمير للحمل وهو مؤخر مطلقا (حملها فالقته فمات وجب قيمته حيا لا ديته) لان قتله بالضرب السابق وهو كان في حالة الرق وقد مر ان العبرة بحالة الرمى لا الوصول ولا يلزم منه كون القيمة للمولى لا لورثته (وما استبان بعضه كالتام) اى الجنين الذى استبان بعض خلقه بمنزلة الجنين التام (فيما ذكر) من الاحكام لاطلاق ما روينا (امرأة اسقطت ميتا بدواء او فعل) كضربها بطنها مثلا (ففيه الغرة) تجب على عاقلتها في سنة واحدة (الا ان يكون باذن الزوج) فحينئذ لا يلزم شئ (ولو امرت امرأة ففعلت لا تضمن المأمورة) كذا في الخلاصة

باب ما يحدث في الطريق وغيره

(احدث في طريق العامة كنيفا) وهو المستراح (او ميزابا) وهو مجرى الماء (او جرصنا وهو مجرى ماء يركب في الحائط وقيل جزع يخرج من الحائط ليبنى عليه (او دكانا جاز) احداثه (ان لم يضرهم ولكل) من المارة (نقضه) لان كلا منهم صاحب الحق بالمرور بنفسه وبدوابه فكان له حق النقض كما في الملك المشترك (وفي طريق الخاصة) بان يكون غير نافذ (لا) اى لا يجوز احداث شئ منها بلا اذن الشركاء وان لم يضر) لانه كالملك الخاص بهم (وضمن دية من مات بسقوطها) عليه لانه صار سببا لموته (كما لو وضع حجرا او حفر بئرا في الطريق او) في (غير ملكه فتلف به نفس و) ضمن (قيمة بهيمة تلفت) بواحد من المذكورات (ان لم يأذن به الامام) فان الضمان في جميع ما ذكر باحداث شئ في طريق العامة انما يكون

(قوله واما اذا كان من احدهما ففيه الغرة) يعني وتكون على العاقلة لما تقدم (قوله وهو مؤخر مطلقا) اى لفظا ورتبة وليس من المواضع التي استثنيت من عود الضمير على متأخر لفظا ورتبة وهذا على النسخة التي وقعت للمصنف واما النسخة الصحيحة من نسخ صدر الشريعة التي فيها تأنيث الضمير فلا اشكال لانها مثل قول المصنف فأعتق سيدها (قوله امرأة اسقطت ميتا بدواء او فعل) يعني عمدا والا فلا شئ عليها وفي حق غيرها لا يشترط قصد اسقاط الولد كما في الخانية (قوله الا ان يكون باذن الزوج) كذا قال الزيلعي اذا فعلت ذلك باذن الزوج لا تجب الغرة لعدم التعدي اه واقول هذا تمشى على الرواية الضعيفة لا على الصحيح لما قال في الكافي قال لغيره اقتلني فقتله تجب الدية في ماله في الصحيح لان الاباحة

لا تجرى في النفوس وسقط القصاص للشبهة باعتبار الاذن وفي رواية لا يجب شئ لان نفسه حقه وقد اذن باتلاف حقه اه فكذا الغرة او دية الجنين حقه غير ان الاباحة منفية فلا تسقط الغرة عن عاقلة المرأة بمجرد امر زوجها باتلاف الجنين لان امره لا ينزل عن فعله فانه اذا ضرب بطن امرأته فألقت جنينا لزم عاقلته الغرة ولا يرث منها صرح به الزيلعي وغيره فلو نظرنا لكون الغرة حقه لم يجب لضربه شئ لكن لما كان الآدمي لا يملك احد اهدار آدميته لزم ما قدره الشارع باتلافه واستحقه غير الجاني الا ترى انه لو اودع عبده صبيا فقتله الصبي تضمنه عاقلته مع كونه ملكا لمولاه وقد سلط الصبي على اتلافه بوضعه عنده ولم تهدر آدميته به فلزم عاقلته موجب جنايته بخلاف ما اذا اودع الصبي طعاما فأكله او اتلفه لا ضمان عليه هذا ما ظهر لي تحريره بحمد الله (قوله ولو امرت امرأة الخ) فيه ما في امر الزوجة وقد علمت بل اللزوم هنا ظاهر لعدم امر الزوج وبطلان الامر لو يكن

(باب ما يحدث الرجل في الطريق وغيره)

(قوله ولكل من المارة نقضه) هذا اذا كان ممن يملك التصرف ولو بلا اذن كالصبي والعبد بخلاف المحجور عليهما او كان ليس له مثله ولم يأذن الامام له باحداثه كما سيذكره المصنف ونص عليه في شرح المجمع (قوله لانه كالملك الخاص بهم) كان ينبغي ان يقال لانها ملك لهم كما هي عبارة الهداية (قوله ضمن دية من مات بسقوطها) يعني مع عاقلته لا عليه وحده وهذا اذا اصابه الطرف الخارج لانه به التعدي لا الداخل ولو اصاباه وعلم ذلك وجب النصف وهدر النصف ولو لم يعلم ففي القياس لا يجب شئ وفي الاستحسان يضمن النصف وبقية تفاريع المسئلة من اذن الفعلة بالبناء وغيره في التبيين والهداية فليراجع (قوله وضمن قيمة بهيمة) اى في ماله خاصة

اذا لم يأذن به الامام (لا ان اذن او مات واقع فى بئر طريق جوعا او غما) بضم الغين الكربة والمراد هنا اختناق من هواء البئر وعند ابى يوسف ان مات غما يجب الضمان لان الغم بسبب الوقوع (نحى حجرا وضعه آخر) فعطب به رجل ضمن المنحى لان فعل الاول انتسخ بفعله فالضمان عليه (كمن حمل على رأسه او ظهره شيأ فى الطريق فسقط) شئ منهما (على آخر فتلف به فانه يضمن (اوادخل حصيرا او قنديلا او حصاة فى مسجد غيره) فسقط شئ منها فتلف به انسان ضمن قيد بمسجد غيره لانه ان كان مسجد حيه لم يضمن لان التدبير فيما يتعلق بالمسجد لاهله لا لغيرهم كنصب الامام واختيار المتولى ونحو ذلك فكان فعلهم مباحا مطلقا غير مقيد بشرط السلامة وفعل غيرهم تعديا او مباحا مقيدا بشرط السلامة (او جلس فى مسجد) سواء كان مسجد حيه او مسجد غيره حال كونه (غير مصل فعطب به احد) بان سقط عليه اعمى فتلف يضمن قيد بكونه غير مصل لانه لو كان مصليا سواء صلى الفرض او النفل لم يضمن لان المسجد انما بنى للصلاة وان لم يكن مصليا سواء جلس لقراءة القرآن او للتعليم او للصلاة او نام فيه اثناء الصلاة ضمن (لا) اى لا يضمن (من سقط منه رداء لبسه) على انسان فعطب به قيد باللبس لانه ان كان حاملا له فسقط على انسان فعطب به او سقط فعثر به انسان ضمن والفرق ان حامل الشئ يقصد حفظه فلا حرج فى التقييد بوصف السلامة بخلاف اللابس فلو قيد بما ذكر لزم الحرج فجعل مباحا مطلقا (وضمن ذو حائط مال الى طريق العامة وطلب نقضه مسلم اوذمى) رجل او امرأة حرا او مكاتب لان الناس فى المرور فى الطريق شركاء وطريق الطلب ان يقول انى تقدمت الى هذا الرجل لهدم حائطه وهذا القدر يكفى ولا حاجة الى الاشهاد وذكره فى الكتب ليتمكن من الاثبات عند الانكار (عن) متعلق بطلب (يملكه) اى النقض (كالراهن) للحائط فانه (يملكه بفكه) اى بفك الرهن وارجاع المرهون الى يده (واب الطفل والوصى) فان لهما ولاية التصرف فى مال الصبى (والمكاتب) لانه مالك يدا فولاية النقض له (والعبد التاجر) ولو مديونا لان ولاية النقض له ثم ما تلف بالسقوط ان كان مالا فهو فى رقبته وان كان نفسا فعلى عاقلة المولى او له عاقلة لان الاشهاد من وجه على المولى وضمان المال اليق بالعبد وضمان النفس بالمولى (فلم ينقض) من

(قوله لا ان اذن) معطوف عليه قوله بعده او مات واقع فى بئر طريق جوعا وقيد بالجوع لا للاحتراز عن العطش لانه مثله بل لان الغالب انه لا يموت فى البئر عطشا (قوله او غما بضم الغين الكربة) قال فى شرح المجمع بفتح الغين المعجمة وهو ان يكون النفس مأخوذا من الحر نصبه على الحالية او التميز او مفعول له اه (قوله وعند ابى يوسف الخ) لم يذكر قول محمد وعنده يضمن فى الوجوه كلها كما فى الهداية (قوله فعطب به رجل) يعنى او مال (قوله فسقط شئ منها على آخر فتلف به فانه يضمن) وكذا او تعثر به بعد الوقوع كما فى التبيين (قوله اوادخل حصيرا او قنديلا الخ) هذا عند ابى حنيفة رحمه الله وعندهما لا ضمان عليه وبقولهما يفتى ذكره فى الذخيرة كما فى البرهان وفى كلام المصنف اشارة الى انه فعل ذلك بلا اذن اهل المسجد اما لو كان باذنهم فلا ضمان

عليه اتفاقا كما لو كان من اهل المحلة وعلق القنديل للاضاءة اما لو علقه للحفظ فيضمن اتفاقا كما فى شرح المجمع (قوله او جلس فى مسجد غير مصل الخ) قال قاضيخان وهو الصحيح وقيل على قول ابى حنيفة رحمه الله انما يضمن اذا كان الجالس مشغولا بعمل لا يكره فى المسجد كدرس الفقه وقراءة القرآن والحديث واما اذا كان معتكفا او كان جالسا لانتظار الصلاة لا يكون ضامنا عند الكل اه وفى التبيين وان جلس فيه رجل منهم فعطب به احد ضمن ان كان فى غير الصلاة وان كان فيها لا وهذا عند ابى حنيفة وقالا لا يضمن على كل حال ولو كان جالسا لقراءة القرآن او للتعليم او للصلاة او نام فيه الصلاة او غيرها او مر فيه او قعد فيه للحديث فهو على هذا الاختلاف ثم قال وذكر صدر الاسلام ان الاظهر ما قالاه لان الجلوس من ضرورات الصلاة فيكون ملحقا بها لان ما ثبت ضرورة لشئ يكون حكمه كحكمه اه (قوله وان لم يكن مصليا الخ) قد علمت انه قول الامام ان الاظهر ما قالاه من عدم الضمان وقال الزيلعى وصاحب البرهان الصحيح عن ابى حنيفة كقولهما انه لا ضمان على المنتظر للصلاة نص عليه شمس الائمة السرخسى فى الجامع الصغير (قوله وطلب نقضه مسلم او ذمى الخ) يعنى من اهل الطلب فخرج العبد والصبى المحجور عليهما لانهما ليسا من اهل المطالبة (يملكه) بحقهما فكذا بحق العامة الا ان اذن لهما فى الخصومة كما فى التبيين (قوله والمكاتب) قال الزيلعى ثم ان اتلف حال بقاء الكتابة تجب عليه قيمته لتعذر الدفع وبعد عتقه على عاقلة المولى وبعد العجز لا تجب على احد لعدم قدرة المكاتب وعدم الاشهاد على المولى

بملكه (فى مدة يمكن) اى نقضه (فيها) اى فى تلك المدة (مالا) مفعول ضمن (وعاقلته) عطف على ضمير ضمن وجاز للفصل (نفسا) مفعول ضمن المقدر (تلفا) اى المال والنفس (به) اى بذلك الحائط (لا) اى لايضمن (من اشهد عليه فباع داره وقبضه المشترى اولا) كذا فى الكافى وليس فى الهداية لفظ اولا (فسقط) الحائط بعد البيع فتلف به مال اونفس وانما لم يضمن لان الجناية بترك الهدم مع تمكنه وقد زال بالبيع بخلاف اشراع الجناح لانه كان جانيا بالوضع ولم ينفسخ بالبيع لاضمان على المشترى اذ لم يشهد عليه الاان يشهد عليه بعد شرائه فحينئذ يضمن لتركه التفريغ مع تمكنه بعد الطلب (اوطلب ممن لا يملك نقضه) اى لايضمن من لا يملك نقضه وان طلب منه كالمرتهن والمستأجر والمودع والساكن) لعدم قدرتهم على التصرف (مال) الحائط (الى دار رجل فله الطلب) لان الحق له (فيصح تأجيله وابراؤه منها) اى من الجناية (لا ان مال الى الطريق فأجله القاضى اوالطالب) لانه حق العامة فلا يجوز لهما ابطاله (وان بنى مائلا بدأ ضمن بلا طلب كما فى اشراع الجناح) وهو اخراج الجذوع من الجدار الى الطريق والبناء عليه (ونحوه) كالكنيف مثلا (حائط لخمسة طلب نقضه من احدهم وسقط على رجل) فعطب به (ضمن عاقلته) اى عاقلة المطلوب منه (خمس الدية) لان الطلب صح فى الخمس فيكون متعديا فان قيل الواحد من الشركاء لايقدر ان يهدم شيأ من الحائط فكيف يصح الطلب منه قلنا ان لم يتمكن من هدم نصيبه يتمكن من اصلاحه بوجه وهو المرافعة الى الحكام وبه يحصل الغرض فان ترك ضمن العاقلة (كما ضمنوا) اى العاقلة (ثلثيها ان حفر احد ثلاثة فى دارهم بئرا او بنى حائطا) فعطب به انسان لان الحافر والبانى فى الثلثين متعد

باب جناية البهيمة والجناية عليها

الاصل ان المرور فى طريق المسلمين مباح بشرط السلامة لانه يتصرف فى حقه من وجه وفى حق غيره من وجه لكونه مشتركا بين كل الناس فقلنا بالاباحة بشرط السلامة ليعتدل النظر من الجانبين فيما يمكن الاحتراض عنه لافيما لا يمكن لان تقييده بها مطلقا يؤدى الى المنع من التصرف وسد بابه وهو مفتوح اذا تقرر هذا فنقول (ضمن الراكب فى طريق العامة ماوطئت دابته وما اصابت بيدها اورجلها اورأسها اوكدمت) اى عضت بمقدم اسنانها (اوخبطت) اى ضربت (بيدها اوصدمت) اى ضربت بنفسها شيأ يقال اصطدم الفارسان اذا ضرب احدهما الآخر بنفسه فان الاحتراز عن هذه الاشياء ممكن لانها ليست من ضرورات السير فقيد بشرط السلامة عنها (فلو حدثت) هذه الاشياء (فى السير فى ملكه لم يضمن) لانه غير متعد (الا فى الوطء) وهو راكبها لان الايطاء مباشرة لانه قتله بثقله حتى يحرم الميراث وتلزمه الكفارة وغيره بسبب وفيه يشترط التعدى فصار كحفر البئر فى ملكه وفى المباشرة لايشترط (ولو) حدثت (فى السير فى ملك غيره فلو) كان سيره (باذنه) اى باذن الغير (كان ذلك الملك كملكه) والسير فيه كالسير فى ملكه حيث لاضمان عليه (والا) اى وان لم يكن باذنه (ضمن ماتلف مطلقا) لانه متعد

(قوله وعاقلته عطف على ضمير ضمن) الصواب انه عطف على ذو حائط وليس فيه ضمير لكونه عاملا فى ظاهر

﴿ باب جناية البهيمة والجناية عليها ﴾

(قوله والا اى وان لم يكن باذنه ضمن ماتلف مطلقا) اى اذا كان معها كما هو ظاهر كلامه اوادخلها واما اذا لم يكن معها ولم يدخلها لايضمن شيأ كما فى التبيين

(لاما نفحت) عطف على قوله ماوطئت دابته نفح الدابة بالحاء المهملة ضربها بحد حافرها اى لايضمن ما نفحت (برجلها اوذنبها سائرة) اذ لايمكن الاحتراز عنها مع سيرها حتى لو اوقفها فى الطريق ضمن لامكان الاحتراز عن الايقاف وان لم يمكنه عن النفحة فصار متعديا بالايقاف (او عطبت بما راثت اوبالت فى الطريق سائرة) فانه لايضمن ايضا لما مر من امتناع الاحتراز اواوقفها له فان بعض الدواب لايفعل ذلك الابعد الوقوف (فلو اوقفها لغيره ضمن) لانه متعد بالايقاف (الا) ان يكون الايقاف (فى موضع اذن) من قبل الامام (بايقافها فيه) فحينئذ لايضمن لعدم التعدى وان اصابت بيدها او رجلها حصاة او نواة او اثارت غبارا او حجرا صغيرا ففقأ عينا او افسد ثوبا لايضمن) لتعذر الاحتراز (وبالكبير يضمن) لامكان الاحتراز (ضمن السائق) للدابة (والقائد لها ما اصابت بيدها لا برجلها) اى فى كل صورة يضمن فيها الراكب يضمن فيها السائق والقائد لانهما مسببان كالراكب فى غير الايطاء فيجب فيهما الضمان بالتعدى كالراكب وهذا الحكم مطرد ومنعكس فى الصحيح وذكر القدورى ان السائق يضمن النفحة بالرجل لانها بمرأى عينه فيمكنه الاحتراز عنها مع السير وغائبة عن بصر الراكب والقائد فلا يمكنهما الاحتراز عنها وعليه بعض المشايخ واكثرهم على الاول (وعليه) اى الراكب (الكفارة) لانه مباشر وهى حكم المباشرة (ولايرث) ان كان المقتول مورثه لذلك ايضا (بخلافهما) اى السائق والقائد حيث لا كفارة عليهما ويرثان لانهما مسببان والكفارة وحرمان الارث ليسا من احكام التسبيب (ضمن عاقلة كل حر فارس او راجل) ذكر الراجل فى المبسوط وغيره (دية الآخر ان اصطدما) وقدمر معنى الاصطدام (وماتا ولم يكونا من العجم) حتى لو كانا منهم وجب الدية فى مالهم كامر مرارا (اوكان) اى الاصطدام (خطأ) لان موت كل منهما مضاف الى فعل صاحبه لان فعله فى نفسه مباح وهو المشى فى الطريق فلا يعتبر فى حق الضمان بالنسبة الى نفسه لانه مباح مطلقا فى حق نفسه ولو اعتبر لوجب نصف الدية فيما اذا وقع بئر فى قارعة الطريق اذ لولا مشيه وثقله فى نفسه لماهوى فى البئر وفعل صاحبه وان كان مباحا لكنه مقيد بشرط السلامة فى حق غيره فيكون سببا للضمان عند وجود التلف به وفيه خلاف زفر والشافعى (ولو) كان الاصطدام (عمدا فنصفها) اى الواجب نصف الدية اتفاقا لان كلا منهما مات بفعله وفعل الآخر فيعتبر نصف الدية ويهدر النصف كما اذا جرح كل منهما نفسه وصاحبه ولم يذكر فى الهداية والكافى صورة العمد صريحا بل فى ضمن دليل الخصم ولهذا قال فى الكفاية يجب نصف الدية فى العمد على عاقلة كل واحد وفى الخطأ تجب الدية الكاملة على ماذكر فى الكتب خلا انه ذكر الخطأ فى وضع المسئلة والعمد فى بيان قول الخصم (ولو) كان المصطدمان (عبدين يهدر دمهما) لان الجناية تعلقت برقبتهما دفعا وفداء وقد فاتت لا الى خلف (ولو) كان (احدهما حرا والآخر عبدا فعلى عاقلة الحر) المقتول (قيمة العبد فى الخطأ) فيأخذها ورثة حر المقتول اذ على اصل ابى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى تجب القيمة على العاقلة لانه ضمان الآدمى عندهما فقد

(قوله وان اصابت بيدها الخ) قال فى البرهان والراكب والرديف والسائق والقائد فى الضمان سواء. (قوله ضمن السائق للدابة والقائد ما اصابت بيدها لارجلها) المراد بقوله لارجلها النفحة بها والا ولمؤ طئها بها لقوله كل صورة يضمن فيها الراكب يضمن فيها السائق والقائد (قوله فيجب فيهما الضمان بالتعدى) ينبغى ان تكون العبارة فيجب عليهما (قوله وعليه بعض المشايخ) يعنى مشايخ العراق كما فى التبيين (قوله واكثرهم على الاول) قال الشيخ اكمل الدين يريد مشايخ ما وراء النهر فمحصله انه لاضمان على القائد فى النفحة اتفاقا وخالف القدورى فى السائق والصحيح انه كالقائد كما قدمه المصنف وفى المواهب والجوهرة انه الاصح (قوله وعليه اى الراكب الكفارة الخ) قال الزيلعى ومراده فى الايطاء واليه الاشارة بلانه مباشر (قوله او راجل دية الآخر ان اصطدما وماتا) هذا اذا وقع كل منهما على قفاه وان على وجههما فلاشئ وان احدهما على قفاه والآخر على وجهه فدم الذى وقع على وجهه هدر وهذا بخلاف تجاذب الحبل فعلى عاقلة كل دية الآخر اذا وقعا على وجوههما وان وقع احدهما على وجهه والآخر على قفاه فدية الذى على قفاه هدر لانه سقط بفعل نفسه ودية الآخر على عاقلة الآخر كما فى الولوالجية (قوله ولو عبدين يهدر دمهما) سواء كان ذلك عمدا او خطاء كما فى البرهان.

اخاف العبد الجانى بدلا بهذا القدر فيأخذه ورثة الحر المقتول ويبطل مازاد عليه لعدم الخلف (ونصفها فى العمد) اى يجب على عاقلة الحر نصف قيمة العبد لان المضمون فى العمد النصف وهذا القدر يأخذه ولى المقتول وما على العبد فى رقبته وهو نصف دية الحر يسقط الا قدر ما اخلف من البدل وهو نصف القيمة (وضمنها) اى الدية (عاقلة سائق دابة وقع بعض ادواتها) كالسرج واللجام ونحوهما (على رجل فمات) لانه مما يمكن التحرز عنه اذ سقوطه اما لعدم شده عليها او لعدم احكامه (و) ضمن ا ضا عاقلة (قائد قطار وطئ بعير منه رجلا فمات) لان القائد عليه حفظ القطار كالسائق وقد امكنه التحرز عنه فصار متعديا بالتقصير فيه الا ان ضمان النفس على العاقلة وضمان المال فى ماله كذا فى الكافى (ولو معه) اى مع القائد (سائق فى جانب الابل ضمنا) ان لم يكن لهما عاقلة وان كانت ضمن عاقلتهما لان القائد الواحد قائد للكل وكذا سائقه لاتصال الازمة (واما اذا) لم يكن فى جانب الابل بل (توسطها) اى دخل بين الابل (واخذ زمام واحد) منها (ضمن وحده) ماعطب بما هو خلفه ويضمنان ما عطب بما هو بين يديه لان القائد لا يقود ما خلف السائق لانقطاع الزمام والسائق يسوق ما كان امامه (قتل بعير ربط على قطار يسير بلا علم قائده) متعلق ربط (رجلا) مفعول قتل (ضمن عاقلة القائد الدية) لانه قائد للكل فيكون قائدا لذلك البعير والقود سبب لوجود الضمان ومع تحقق سبب الضمان منه لا يسقط الضمان بجهله (ورجعوا) اى العاقلة (بها) اى بالدية (على عاقلة الرابط) لان الرابط هو الذى اوقعه فى هذا الضمان حيث ربطه بالقطار وهو متعد فيما صنع فصار فى التقدير هو الجانى (فلو ربط والقطار واقف ضمنها) اى الدية (عاقلة القائد بلا رجوع) لانه قاد بعير غيره بلا اذنه لا صريحا ولا دلالة فلا يرجعون بما لحقهم على احد غاية الامر انه متعد بالربط والايقاف على الطريق لكنه زال بالقود فصار كما لو وضع حجرا وحوله غيره (كذا اذا علم القائد) بالربط لا يرجعون على عاقلة الرابط بما لحقهم من الضمان لان القائد رضى به والتلف قد اتصل بفعله فلا يرجع به (ارسل كلبا او طيرا او ساقه) اى مشى خلفه معه وان لم يمش خلفه فادام فى فوره فهو سائق له فى الحكم فيلحق بالسوق وان تراخى انقطع السوق ذكره الزيلعى (فاصاب فى فوره ضمن فى الكلب) ما تلفه لانه محمول عليه من جهته فاضيف فعله اليه كالمكره يضاف فعله الى المكره فيما يصلح آلة له (لا) اى يضمن (فى الطير) اى البازى والفرق ان الكلب يحتمل السوق فاعتبر سوقه والطير لا يحتمله فصار وجود السوق وعدمه سواء (ولا كلب لم يسقه) لعدم سبب الضمان (ولا دابة منفلتة اصابت نفسا او مالا ليلا اونهارا) لقوله صلى الله عليه وسلم جرح العجماء جبار اى هدر وهى المنفلتة ولان الفعل لم يضف اليه اذ لم يوجد منه ما يوجب النسبة اليه من الارسال والسوق ونحوهما له كلب يأكل عنب الكروم واشهر عليه فيه ولم يحفظ حتى اكل العنب لم يضمن وانما يضمن اذا اشهر عليه فيما يخاف منه تلف بنى آدم كالحائط المائل ونطح الثور وعقر الكلب العقور فيضمن اذا لم يحفظ (ضرب دابة عليها راكب

(قوله ضرب دابة عليها راكب اونخسها) يعنى بلا امر ولو كان غير مكلف كما فى البرهان

٣٥

او نخسها) اى طعنها بعود ونحوه (فنفحت او ضربت بيدها شخصا آخر) غير الطاعن (اونفرت) من ضربه او نخسه (فصدمته وقتلته ضمن هو) اى الضارب والناخس (لا الراكب) لانه المروى عن عمر وابن مسعود رضى الله عنهما ولان الناخس متعد فى التسبيب والراكب فى فعله غير متعد فيترجح جانبه فى التغريم للتعدى حتى لو كان موقفا دابته على الطريق يكون الضمان على الراكب والناخس نصفين لانه متعد فى الايقاف ايضا (وان نفحت الناخس فأهلكته كان دمه هدرا) لانه كالجانى على نفسه (وان القت الراكب فقتلته كانت ديته على عاقلة الناخس) لانه متعد فى تسبيبه ثم الناخس انما يضمن اذا كان الوطء فى فور النخس حتى يكون السوق مضافا اليه واذا لم يكن فى فوره فالضمان على الراكب لانقطاع اثر النخس فبقى السوق مضافا الى الراكب (و) ضمن (فى فقء عين شاة القصاب مانقصها) لان المقصود منها اللحم فلا يعتبر فيها النقصان الا بحسبه (و) ضمن (فى عين بقر جزار وجزوره) اى ابله (والحمار والبغل والفرس ربع القيمة) لما روى انه صلى الله عليه وسلم قضى فى عين الدابة بربع القيمة وهكذا قضى عمر رضى الله عنه ولان اقامة العمل بها انما تمكن بأربع اعين عيناها وعين المستعمل لها فصارت كأنها ذات اعين اربع فيجب الربع بفوات احدها

باب جناية الرقيق والجناية عليه

(جنى عبد عمدا فى النفس يجب القود) لما مر (الا ان يصالح) ولى القتيل وولى العبد اى يقع الصلح بين الولى والمولى (او يعفو) اى يقع العفو من الولى (ولم يجز الاسترقاق لكونه مباح الدم) (ويثبت) اى القود (باقراره) اى العبد (لا اقرار المولى) لان هذا الاقرار من العبد لا تهمة فيه لكونه عائدا عليه بالضرر فيقبل وهو يجرى على اصل الحرية باعتبار الآدمية فيما يرجع الى الدم فلهذا لا يقبل اقرار المولى عليه بحد ولا قصاص وان كان هذا الاقرار يصادف حق المولى لكنه ضمنى فلم تجب مراعاته (وفيما) عطف على فى النفس (دونها) اى دون النفس (كالخطأ) اى يكون كالقتل الخطأ فى الحكم وبين الحكم بقوله (دفعه سيده بها) اى بمقابلة الجناية (ويملكه وليها) اى ولى الجناية (او فداه بأرشها) يعنى ان سيده مخير بين دفع العبد والفداء بالارش لتخليص عبده لكن الواجب الاصلى هو الدفع فى الصحيح ولهذا سقط الواجب بموت العبد لفوات محل الواجب بخلاف موت الحر الجانى حيث يجب الارش على عاقلته (حالا) اى كائنا كل من الدفع او الفداء على الحلول اما الدفع فلانه عين ولا تأجيل فى الاعيان واما الفداء فلانه بدل العين فيكون فى حكمه وان لم يختر شيأ حتى مات العبد بطل حق المجنى عليه لفوات محل حقه كما مر وان مات بعد اختيار الفداء لم يبرأ لتحول الحق من رقبة العبد الى ذمة المولى (فان فداه فجنى فهى كالاولى) فانه اذا فدى خلص الجانى من الاولى

﴿باب جناية الرقيق والجناية عليه﴾ (قوله ولم يجز الاسترقاق لكونه مباح الدم) لعل المراد نفى الدفع بموجب الجناية لان موجبها القصاص ولا يصح ان يراد به نفى الدفع فداء من الجناية لانه يصح كما صرح به ﴿١١٤﴾ الزيلعى فى قوله عبد قطع يد حر عمدا فليتأمل (قوله وفيما دونهما كالخطأ) لم يذكر ماثبت به الخطأ وفى البدائع وهذه الجناية تظهر بالبينة واقرار المولى وعلم القاضى ولا تظهر باقرار العبد محجورا كان او مأذونا واذا لم يصح اقراره لا يؤخذ به لا فى الحال ولا بعد العتق وكذلك لو اقر بعد العتاق انه كان جنى فى حال الرق لا شئ عليه اه وقول البدائع او علم القاضى على غير المفتى به لان الفتوى على عدم العمل بعلم القاضى فى زماننا كما فى الاشباه والنظائر عن جامع الفصولين (قوله لكن الواجب الاصلى هو الدفع فى الصحيح) كذا فى الهداية والتبيين وقال فخر الاسلام البزدوى الصحيح ان الواجب الاصلى هو الفداء كما فى السراج والجوهرة (قوله ولهذا سقط الواجب بموت العبد) اى سواء مات بآفة سماوية او بعثه المولى فى حاجة فعطب فيها او استخدمه كما فى النهاية من المبسوط وفى البدائع هذا يعنى القول بسقوط الواجب بالموت ... على ان قول من يقول حكم هذه الجناية تخيير المولى بين الدفع والفداء ليس بسديد لانه لو كان كذلك لتعين الفداء عند هلاك العبد ولم يبطل حق المجنى عليه على ما هو الاصل فى المخير بين شيئين اذا هلك احدهما انه يتعين عليه الآخر اه (قوله واما الفداء فلانه بدل العين فيكون فى حكمه) قال فى الظهيرية ولا يلزم من كونه فى حكمه القدرة عليه لصحته من المفلس اختاره عند قاض او غيره اه وهذا عند ابى حنيفة لانه اختار اصل حقهم فبطل حقهم فى العبد لان ولاية التعيين للمولى لا للاولياء وقالا لا يصح اختياره الفداء اذا كان مفلسا الا برضى الاولياء كذا فى التبيين ولا يخفى ان قوله لانه اختار اصل حقهم انما هو على احد الاختيارين فيه (فصارت)

فصارت كان لم تكن فيجب بالثانية الدفع او الفداء (وان جنى جنايتين دفعه بهما الى وليهما يقتسمانه بنسبة حقيهما) اى على قدر ارش الجنايتين (او فداه بارشهما) لان تعلق الاولى برقبته لا يمنع تعلق الثانية بها كالديون المتلاحقة الا يرى ان ملك المولى لم يمنع تعلق الجناية لحق المجنى عليه الاول اولى ان يمنع وان كانوا جماعة يقتسمون العبد المدفوع اليهم على قدر حصصهم وان فداه فداه بجميع اروشهم لما ذكران تعلق الاولى برقبته لا يمنع تعلق الثانية بها (وان وهبه) اى المولى العبد الجانى (اوباعه او اعتقه او دبره او استولدها) اى الجارية الجانية (ولم يعلم بها) اى الجناية (ضمن الاقل من قيمته ومن الارش وان علم غرم الارش) فان المولى قبل هذه التصرفات كان مخيرا بين الدفع والفداء ولما لم يبق محلا للدفع بلا علم المولى بالجناية لم يصر مختارا للارش فقامت القيمة مقام العبد ولا فائدة فى التخيير بين الاقل والاكثر فوجب الاقل بخلاف ما اذا علم فانه يصير مختارا للارش (كما لو علق عتقه بقتل زيد او رميه او شجه ففعل) اى قال ان قتلت زيدا فانت حر فقتل او قال ان رميت زيدا فانت حر فرمى او قال ان شججت رأسه فانت حر فشج غرم الارش لانه يصير مختارا للفداء حيث اعتقه على تقدير وجود الجناية (قطع عبد يد حر عمدا ودفع اليه) بقضاء اولا (فأعتقه فسرى) فمات منه (فالعبد صلح بها) فانه اذا اعتق دل على ان قصده تصحيح الصلح اذ لا صحة له الا بان يكون صلحا عن الجناية وما يحدث منها (وان لم يعتقه يرد على سيده) لانه اذا لم يعتقه وسرى ظهر ان الواجب ليس المال بل القود فكان الدفع باطلا فيرد العبد على سيده (فيقتله الولى او يعفو) اى يخير الولى بين القتل والعفو لانه مباح الدم كما مر (جنى مأذون مديون خطأ فأعتقه سيده بلا علم بها غرم لرب الدين الاقل من قيمته ومن دينه ولوليها) اى غرم لولى الجناية (الاقل منها) اى من القيمة (ومن الارش) فان السيد اذا اعتق المأذون المديون غرم لرب الدين الاقل من قيمته ومن الدين واذا اعتق العبد الجانى جناية خطأ غرم الاقل من قيمته ومن الارش فكذا عند الاجتماع لعدم التزاحم بينهما اذ لولا الاعتاق لدفع الى ولى الجناية ثم يباع للدين (ولدت مأذونة مديونة ولدا لا يدفع معها لجنايتها ويباع لدينها) لانه دين فى ذمتها متعلق برقبتها فيسرى الى الولد والدفع للجناية فى ذمة المولى وانما يلاقيها اثر الفعل الحقيقى وهو الدفع والسراية تكون فى الامور الشرعية لا الحقيقية (عبد لرجل زعم رجل (آخر ان مولاه اعتقه فقتل) اى العبد المعتق (وليا له) اى للزاعم (خطأ فلا شئ له) اى للزاعم لانه لما زعم ان مولاه اعتقه فقد اقر انه لا يستحق على المولى دفع العبد ولا الفداء بالارش وانما يستحق الدية على العاقلة لانه حر فيصدق الزاعم فى حق نفسه فيسقط الدفع والفداء ولا يصدق فى دعواه الدية عليهم الا بحجة (قال قتلت اخا زيد قبل عتقى خطأ وقال زيد بل بعده صدق الاول) لان زيدا يدعى عليه شيأ او اقر به لزم عليه الضمان لا على العاقلة لانه يدعى عليه القتل الخطأ بعد العتق فلو اقر به لزم عليه الضمان لان الثابت بالاقرار لا يتحمله العاقلة فمراده بقوله قتلته قبل عتقى ما قتلته بعده حذرا من لزوم الضمان عليه

(قوله وان فداه فداه بجميع اروشهم) قال الزيلعى وللمولى ان يفدى من بعضهم ويأخذ نصيبه من العبد ويدفع الباقى الى غيره بخلاف ما اذا كان المقتول واحدا وله وليان او اولياء حيث لم يكن له ان يفدى من البعض ويدفع الباقى الى البعض لان الحق فيه متحد لاتحاد سببه وهو الجناية المتحدة اه (قوله وان وهبه اى المولى العبد الجانى الخ) قال الزيلعى ولا فرق فى هذا المعنى بين ان تكون الجناية فى النفس او فى الاطراف لان الكل موجب للدفع فلا يختلف (قوله كما لو علق عتقه بقتل زيد) يعنى قتلا يوجب المال كالخطأ وشبه العمد وان علقه بجناية توجب القصاص بان قال له ان ضربته بالسيف فانت حر فلا يجب على المولى شئ بالاتفاق لانه لا فرق بين العبد والحر فى القصاص فلم يكن المولى مفوتا حق ولى الجناية بالعتق كما فى التبيين (قوله ولدت مأذونة مديونة ولدا) اى بعد لحوق الدين كما اشار اليه لانها اذا ولدت ثم لحقها الدين لا يتعلق حق الغرماء بالولد بخلاف الاكساب حيث يتعلق حق الغرماء بما كسبت قبل الدين وبعده كما فى التبيين وظهر لى انه لا يخالفه ما فى الولوالجية من قوله ولو اكتسب العبد الجانى اكسابا او ولدت الجانية ولدا فاختار المولى الدفع لم يدفع الولد والكسب اه اذ الظاهر من قوله او اكتسب العبد الجانى انه غير المأذون فليتأمل

لا معناه الظاهر ليفهم لزوم الضمان على المولى بالاقل من قيمته ومن الدين ان لم يعلم بالجناية والدية ان علم بها مع ان قوله ليس بحجة على المولى (وان قال قطعت يدها قبل اعتاقها او قالت كان بعده صدقت وكذا فى اخذه منها) اى اعتق امة ثم قال لها قطعت يدك او اخذت منك هذا المال قبل ما اعتقتك وقالت بل بعده فالقول لها لانه اقر بسبب الضمان ثم ادعى البراءة وهى تنكر فالقول للمنكر (لا الجماع والغلة) يعنى اذا قال جامعتها قبل الاعتاق او اخذت الغلة قبله فالقول له لان الظاهر كونهما حال الرق (امر عبد محجور او صبى صبيا بقتل رجل فقتله فالدية على عاقلة القاتل) لان المباشر هو الصبى المأمور فتضمن عاقلته (ورجعوا على العبد بعد عتقه) لانه او نع الصبى فى هذه الورطة لكن قوله غير معتبر لحق المولى فيضمن بعد العتق (لا) على (الصبى الآمر) لقصور اهلية (ولو كان مأمور العبد) المحجور عبدا محجورا (مثله دفع السيد) العبد (القاتل او فداه فى الخطاء بلا رجوع حالا) لان الامر قول وقول المحجور غير معتبر (فلا يؤخذ به فى الحال بل بعد عتقه) لزوال المانع وهو حق المولى (بالاقل من قيمته ومن الفداء) لانه مختار فى دفع الزيادة الا مضطر (كذا) الحكم (فى العمد) اى دفع السيد القاتل او فداه ثم رجع على العبد الآمر بالاقل من قيمته ومن الفداء (ان كان العبد القاتل صغيرا) لان عمد الصغير كالخطأ (ولو) كان (كبيرا اقتص) لانه يجرى بين الحر والعبد (قتل قن عمدا حرين ولكل وليان فعفا احد وليي كل منهما دفع نصفه الى الآخرين او فدى بدية) هى عشرة آلاف درهم لان الرقبة بحكم القود صارت بينهم الكل واحد ربعه فاذا عفا اثنان بطل حقهما وبقى حق الآخرين فى النصف فلذا قيل له ادفع نصفه واما الفداء فقد كان بعشرين الفا فاذا عفا اثنان بطل حقهما فبقى حق كل من الباقيين فى خمسة آلاف فلذا فداه بعشرة آلاف ان شاء (وان قتل) القن (احدهما) اى احد الحرين (خطأ والآخر عمدا فعفا احد وليي العمد فدى بدية لوليي الخطأ وبنصفها لاحد وليي العمد) الذى لم يعف لان نصف الحق بطل بالعفو فبقى النصف وصار مالا ويكون خمسة آلاف ولم يبطل شئ من حق وليي الخطأ وكان حقهما فى كل الدية عشرة آلاف (اودفع) اى القن (اليهم) يعنى ان سيده كان مخيرا بين الفداء والدفع فان دفعه دفعه اليهم (اثلاثا) ثلثاه لولى الخطأ وثلثه للذى لم يعف من وليي العمد (عولا عند ابى حنيفة) فيضرب وليا الخطأ بالكل وغير العافى بالنصف لان حقه فى النصف وحقهما فى الكل فصار كل نصف بينهما فصار حق وليي الخطأ فى سهمين وحق غير العافى فى سهم فيقسم بينهم اثلاثا (وارباعا منازعة عندهما) ثلاثة ارباعه لوليي الخطأ وربعه لاحد وليي العمد لان النصف سلم لوليي الخطأ بلا منازعة واستوت منازعة الفريقين فى النصف الآخر فينصف فلهذا يقسم ارباعا (قتل عبدهما قريبهما وعفا احدهما بطل كله) لان ما يجب من المال يكون حق المقتول لانه بدل دمه ولهذا يقضى منه ديونه وتنفذ وصاياه ثم الورثة يخلفونه فيه عند الفراغ من حاجته والمولى لا يستوجب على عبده دينا فلا يخلفه الورثة فيه والله اعلم

(قوله لا الجماع والغلة) قال فى المواهب الا فيما كان قائما بعينه فى يد المقر لانه متى اقر انه اخذه منها فقد اقر بيدها ثم ادعى التملك عليها وهى تنكر فكان القول للمنكر فلذا امر بالرد وكذا فى التبيين (قوله ورجعوا على العبد بعد عتقه) قال الزيلعى بعد هذا وذكر فى شرح الزيادات للعتابى لا نرجع العاقلة على العبد ايضا ابدا لان هذا ضمان جناية وهو على المولى لا على العبد وقد تعذر ايجابه على المولى لكان الحجر وهذا اوفق للقواعد (قوله بل بعد عتقه بالاقل من قيمته ومن الفداء) قال الزيلعى وعلى قياس ماذكره الامام العتابى رحمه الله لا يجب شئ عليه لما بينا

(فصل)

فصل

(دية عبد اوامة قيمتها فان بلغت) اى قيمتها (دية حر) وهى عشرة آلاف درهم (اوحرة) وهى خمسة آلاف درهم (نقص من كل منهما عشرة) اى عشرة دراهم اشعارا بانحطاط درجة الرقيق من الحر وتعيين العشرة بأثر عبدالله ابن عباس رضى الله عنهما (ولو) كانت القيمة (اكثر من عشرة آلاف من الدراهم (فى العبد ومن خمسة آلاف فى الامة) وعندابى يوسف والشافعى يجب قيمته بالغة مابلغت (وفى الغصب يعتبر (قيمته) اى قيمة كل منهما (بالغة مابلغت) فلو غصب عبدا قيمته مائة دينار وهلك فى يده يلزمه تلك القيمة (وماقدر من دية الحر قدر من قيمة القن (لان القيمة فى القن كالدية فى الحر لانه بدل الدم (وفى يده) اى اتلاف يد القن يلزم (نصف قيمته) كما فى دية الحر (بالغة مابلغت فى الصحيح الاف رواية عن محمد انه يجب فى قطع يد العبد خمسة آلاف درهم (عبد قطع يده عمدا فاعتق فسرى افيدان ورثه سيده فقط) اى ان كان وارث المعتق سيده فقط اقاد عندابى حنيفة وابى يوسف وعند محمد لا لان القود يجب بالموت مستندا الى وقت الجرح فان اعتبر وقت الجرح فسبب الولاية الملك وان اعتبر وقت الموت فسببها الوراثة بالولاء فجهالة سبب الاستحقاق تمنع القود كجهالة المستحق ولهما ان جهالة السبب لاتعتبر عند تيقن من له الحق (والافلا) اى وان لم يكن الوارث السيد فقط بل له وارث غيره لم يقد بالاتفاق لان المعتبر ان كان وقت الجرح فالمستحق السيد وان كان وقت الموت فذلك الوارث اوهو مع السيد فجهالة المقضى له تمنع الحكم (قال) المولى لعبديه (احدكما حر فشجا) اى صارا مشجوجين (فعين) المولى (واحدا) للحرية بان قال اردت هذا (فارشهماله) اى للمولى (وان قتلهما رجل وجب دية حر وقيمة عبد) والفرق ان البيان انشاء فى حق المحل اظهار فى حق المولى ولهذا اذا مات المولى قبل البيان يشيع العتق بينهما وبعد الشجة بقى محلا للبيان فاعتبر انشاء فى حقهما وبعد الموت لم يبق محلا للبيان فاعتبر اظهارا محضا واحدهما حر بيقين فيجب قيمة عبد ودية حر (ولو) قتل (كلا) منهما (رجل فقيمة العبدين) لانا لم نتيقن بقتل كل واحد حرا وكل من القاتلين ينكر ذلك فعليهما قيمتهما وفى (فقء عينى عبد دفعه سيده واخذ قيمته اوامسكه بلا اخذ النقصان) يعنى اذا فقأ رجل عينى عبد فان شاء مولاه دفعه اليه واخذ قيمته وان شاء امسكه ولم يأخذ النقصان وقالا يخير بين الدفع والامساك مع اخذ النقصان لان معنى المالية لما كان معتبرا وفاقا وجب ان يخير المولى على الوجه المذكور كما فى سائر الاموال فان من خرق ثوب غيره خرقا فاحشا يخير المالك بين دفعه اليه وتضمينه قيمته وبين امساك الثوب وتضمين النقصان وله ان المالية ان كانت معتبرة فى الذات فالآدمية غير مهدرة فيها وفى الاطراف ايضا ولهذا لو قطع عبد يد عبد يؤمر

﴿فصل﴾ (قوله فلو غصب عبدا قيمته مائة دينار وهلك فى يده يلزمه تلك القيمة) تمثيله بمن قيمته مائة لايناسب المقام اذلا يظهر به التفاوت بين الجناية والغصب والذى ينبغى ان يقال قيمته الف دينار او اكثر لتبلغ القيمة دية الحر (قوله فى يده يلزمه نصف قيمته) انما

مثل باليد ليخرج مالو حلق لحيته اذلا يلزم بحلقها غير

حكومة عدل على الصحيح لان المقصود من العبد الخدمة لا الجمال وروى الحسن عن ابى حنيفة وجوب كمال القيمة لان الجمال فى حقه مقصود ايضا كما فى التبيين وقال فى المحيط نقلا عن العيون روى الحسن عن ابى حنيفة فى رجل قطع اذنى عبد او انفه او حلق لحيته فلم تنبت فعليه مانقصه وروى محمد عن ابى حنيفة ان عليه المولى قيمة تامة ان دفع اليه العبد اه وانما قيد المصنف بقطع يد واحدة لانه لو قطع يدى عبد فالسيد اما ان يدفع العبد ويضمن القاطع كل القيمة او يمسكه ولاشىء على القاطع كما فى فقء عينيه عند ابى حنيفة خلافا لهما كما فى المحيط (قوله الا فى رواية عن محمد انه تجب فى قطع يد العبد خمسة آلاف) قال فى الكافى عن المبسوط تجب خمسة آلاف الا خمسة دراهم وكذا فى البرهان (قوله وان قتلهما رجل) يعنى معا كما قاله الزيلعى (قوله وجب دية حر وقيمة عبد) قال الزيلعى هذا اذا لم يختلف قيمتهما ويكون كل من القيمتين والدية نصفين بين المولى والورثة لعدم الاولوية وان اختلف قيمتهما يجب نصف قيمة كل واحد منهما ودية حر فيقسم مثل الاول بخلاف ما اذا قتلهما على التعاقب حيث يجب عليه القيمة للاول لمولاه والدية للثانى لورثته لتعينه للعتق بعد موت الاول اه (قوله ولو قتل كلا منهما رجل فقيمة العبدين) هذا اذا قتلاهما معا او على التعاقب ولم يدر الاول وما يؤخذ يكون بين المولى والورثة نصفين وان قتلاهما على التعاقب فعلى القاتل الاول قيمته للمولى لتعينه للرق وعلى الثانى ديته لورثته لتعينه للعتق بعد موت الاول كما فى التبيين (قوله وله ان المالية ان كانت معتبرة) ان وصلية لاشرطية وان كان الاكثر اقترانها بالواو

المولى بالدفع اوالفداء ولو كان مالا محضا لوجب ان يباع فيها ثم من احكام الآدمية ان لاينقسم الضمان على الاجزاء ولاتملك الجثة ومن احكام المالية ان تنقسم وتملك فوفرنا على الشبهين حظهما من الحكم

فصل

(اقر مدبرا وام ولد) لم يذكر المكاتب اذ علم حكمه فيما سبق من كتابه (بجناية خطأ) (لم يجز ولاشئ عليه) اى على واحد منهما (ولو بعد العتق) لان موجب جناية الخطأ منه على سيده واقراره لاينفذ عليه (وبعد اثباتها) بالبينة (ضمن مولاه الاقل من الارش والقيمة) لما روى ان اباعبيدة بن الجراح رضى الله عنه قضى بجناية المدبر على مولاه وكان اميرا بالشام بمحضر من الصحابة رضى الله عنهم فصار اجماعا ولانه بالتدبير والاستيلاد صار مانعا دفع الرقبة عند الجناية ولم يصر به مختار الدية لانه غير عالم بانه يجنى فصار كمالو فعله بعد الجناية غير عالم بها وانما وجب الاقل من قيمته ومن الارش لان الاصل وجوب الدفع بالجناية وقد تعذر الدفع بسبب من المولى فتجب القيمة عليه بمنعه منه ولا منع من المولى فى اكثر من القيمة ولاحق لولى الجناية فى اكثر من الارش ولا يثبت الخيار بين الاقل والاكثر فى متحدى الجنس بخلاف القن حيث خير بين الدفع والفداء وجنسهما مختلف (وان جنى) المدبر (جنايات لم يلزمه الاقيمة واحدة) بمقابلة عين واحدة فيشارك ولى الجناية (الثانية ولى الاولى فى قيمة دفعت اليه) اى ولى الاولى (بقضاء) ولا يطلب من المولى شيأ لانه مجبور فى الدفع (ويتبع مولاه او ولى الاولى لو) دفعت اليه (بدونه) اى بدون القضاء لانه حينئذ لم يكن مجبورا فى الدفع (جنى) مدبر (خطأ فمات لم تسقط القيمة عن مولاه) لانها ثبتت عليه بسبب تدبيره وبالموت لايسقط ذلك (قتل المدبر مولاه خطأ يسعى فى قيمته) لان التدبير وصية برقبته وقد سلمت له لانه عتق بموت سيده ولا وصية للقاتل فوجب عليه رد رقبته وقد عجز عنه فعليه رد بدلها وهى القيمة (ولو قتله) (عمدا قتله) الوارث (اواستوفى قيمته ثم قتله) اما الاول فظاهر واما الثانى فلما ذكر من ان التدبير وصية الخ (غصب عبدا قطع سيده يده فسرى ضمن قيمته اقطع وان قطعه سيده فى يد غاصبه فسرى عنده لم يضمن) لان الغصب يوجب ضمان ماغصب ويبرأ الغاصب باسترداد المغصوب والاستيلاء عليه ففى المسئلة الاولى لما قطعه المولى فى يده نقصت قيمته بالقطع فوجب على الغاصب قيمته اقطع وفى الثانية لما قطع المولى يد عبده فى يد الغاصب صار مستردا له لاستيلاء يده عليه وبرئ الغاصب من ضمانه لوصول ملكه اليه (وضمن) عبد (محجور غصب مثله فمات بيده) فان المحجور يؤاخذ بافعاله حتى لو ثبت الغصب بالبينة يباع فيه دون اقواله حتى لو اقر به لا يباع بل يؤاخذ به بعد عتقه (جنى مدبر عند غاصبه ثم عند مولاه ضمن قيمته لهما) يعنى اذا غصب رجل مدبرا فجنى عنده ثم رده الى مولاه فجنى عنده اخرى ضمن المولى لولى الجنايتين فتكون بينهما نصفين لان موجب جناية المدبر وان كثرت قيمة واحدة فيجب على المولى لانه اعجز نفسه عن الدفع بالتدبير السابق من غير ان يصير مختارا للفداء كما فى القن اذا اعتقه بعد الجنايات

(قوله ثم من احكام الآدمية ان لاينقسم الضمان على الاجزاء) يعنى الاجزاء الفائتة والقائمة بل يكون بازاء الفائتة لاغير (قوله فوفرنا على الشبهين حظهما من الحكم) يعنى نقلنا بأنه لاينقسم اعتبارا للآدمية وتملك الجثة اعتبارا للمالية

فصل

(قوله وجنسهما مختلف) الضمير للدفع والفداء (قوله ويتبع مولاه) قال الزيلعى فاذا اخذ منه رجع المولى على الاول بما ضمن للثانى لانه قبضه بغير حق لان المولى لايجب عليه الاقيمة واحدة

من غيران يعلمها وانما كانت القيمة بينهما نصفين لاستوائهما فى السبب (ورجع بنصفها) اى رجع المولى بنصف ماضمن من قيمة المدبر (على الغاصب) لانه ضمن بالقيمة الجنايتين نصفها بسبب كان عند الغاصب والنصف الآخر بسبب كان عنده فيرجع عليه بسبب لحقه من جهة الغاصب فصار كانه لم يرد نصف العبد لان رد المستحق بسبب كان عند الغاصب كلارد (ودفعه الى الاول) اى دفع المولى نصف القيمة الذى اخذه من الغاصب الى ولى الجناية الاولى عند ابى حنيفة وابى يوسف وقال محمد لا يدفعه اليه لان الذى رجع به المولى على الغاصب عوض ماسلم اولى الجناية الاولى لانه انما رجع على الغاصب بسبب ذلك فلا يدفع اليه لئلا يجتمع البدلان فى ملك واحد ولهما ان حق الاول فى جميع القيمة لانه حين جنى عليه لا يزاحمه احد فيستحق كلها وانما ينتقص باعتبار مزاحمة الثانى فاذا وجد شيئا من بدل العبد فى يد المالك فارغا يأخذه منه ليتم حقه و(بعكسه) يعنى جنى عند اولى خطأ ثم غصبه رجل فجنى عنده (لا يرجع) الاولى لان الجناية الاولى كانت فى يده (والقن فى الفصلين) يعنى اذا جنى عند غاصبه ثم عند مولاه اوبالعكس (كالمدبر) (لكن) الفرق بينهما ان (المولى يدفع القن) نفسه (وقيمة المدبر) فاذا دفع القن رجع بنصف قيمته على الغاصب وسلم للمالك عند محمد وعندهما لا يسلم له بل يدفعه الى الاول واذا دفعه اليه يرجع فى الفصل الاول على الغاصب وفى الثانى لا (مدبر غصب مرتين فجنى فى كل مرة) يعنى رجل غصب مدبرا فجنى عنده ثم رده على مولاه ثم غصبه فجنى عنده جناية اخرى (ضمن مولاه قيمته لهما)اى لولى الجنايتين لانه منع عين العبد من الدفع بالتدبير فوجب عليه قيمته كاملة (ورجع بها) اى بتلك القيمة (على الغاصب) لان الجنايتين كانتا فى يده فاستحقه المولى كله بسبب كان فى يد الغاصب فيرجع عليه بالكل بخلاف المسئلة السابقة فانه هناك استحق النصف بسبب كان عنده والنصف بسبب كان فى يد الغاصب (ودفع) اى المولى (نصفها) اى نصف القيمة المأخوذة من الغاصب ثانيا (الى الاول) اى الى ولى الجناية الاولى لانه استحق كل القيمة لعدم المزاحم عند وجود جنايته وانما انتقص حقه بحكم المزاحمة من بعد (ورجع) اى المولى (به) اى بالنصف الذى دفعه ثانيا الى ولى الجناية الاولى (على الغاصب) لان استحقاق هذا النصف ثانيا بسبب كان فى يد الغاصب فيرجع به عليه ويسلم له ذلك ولا يدفعه الى ولى الجناية الاولى لانه استوفى حقه ولا الى ولى الثانية اذ لا حق له الا فى النصف لسبق حق الاول عليه وقد وصل ذلك اليه (وام الولد فى كلها) اى كل الاحكام المذكورة (كالمدبر) لاشتراكهما فى كون المانع من الدفع للجناية من قبل المولى (غصب صبيا حرا فات عنده فجأة او بحمى لم يضمن ولو مات بصاعقة او نهش حية ضمن عاقلته الدية) هذا استحسان والقياس ان لا يضمن فى الوجهين كما قال زفر والشافعى لعدم تحقق الغصب فى الحر الا ترى انه لا يتحقق فى المكاتب وان كان صغيرا لكونه حرا يدا مع انه رقيق رقبة فالحر يدا ورقبة اولى ان لا يضمن به وجه الاستحسان انه ليس بضمان الغصب بل ضمان الاتلاف بالتسبيب لنقله الى مكان فيه الصواعق

(قوله ورجع بنصفها على الغاصب ودفعه الى الاول) اقول ثم رجع به ثانيا على الغاصب فيصير كان الغاصب لم يرد ولم يضمن لمولاه شيئا بعد ذلك اذ لم يبق شئ من العبد او من بدله فى يده وما يأخذه المولى ثانيا من الغاصب يكون له لوصول كل من المجنى عليهما الى حقه الاول الى قيمة كاملة والثانى الى نصف قيمته فابقى يكون للمولى ولم يذكر المصنف هذا القدر ولا بد منه والا فلا تأتى عكسها المذكور بعدها فليتنبه له (قوله وبعكسه لا يرجع ليس المراد نفى الرجوع مطلقا) بل المراد انه لا يرجع عليه بنصف ثانيا مثل الصورة المتقدمة بل يأخذ منه نصفا فقط وصورة المسئلة ان المدبر جنى عند مولاه اولا فغصبه رجل فجنى عنده ثم رده على المولى ضمن المولى قيمته لولى الجنايتين فتكون بينهما نصفين ثم يرجع المولى على الغاصب بنصف القيمة لاستحقاقه بالسبب عنده فيدفعه الى ولى الجناية الاولى بالاجماع ثم اذا دفعه لا يرجع به على الغاصب بالاجماع اه كافى التبيين (قوله فاستحقه المولى) كذا فى النسخ والمراد ولى الجناية فالميم زائدة فى الاول (قوله فيرجع عليه) يعنى يرجع المولى على الغاصب بالكل (قوله غصب صبيا حرا) يعنى لا يعبر عن نفسه لانه لو كان يعبر يعارضه بلسانه فلا تثبت يده حكما كافى البرهان

(قوله حتى لو نقله الى موضع يغلب فيه الحمى) ليس قيدا لانه كذلك الامراض كما فى التبيين والبرهان قوله ضمن ليس المراد ضمانه وحده بل مع عاقلته (قوله كما فى صبي اودع عبدا فقتله) التشبيه بالنظر الى اصل الضمان على العاقلة لان الواجب فى مسئلة العبد القيمة كما نص عليه شرحا وبه صرح فى الكافى نقلا عن الجامع الصغير لفخر الاسلام والصدر الشهيد قال وقوله فى الهداية فعلى عاقلته الدية يحتمل انه اراد به القيمة وانما آثر لفظ الدية لانها بازاء الآدمية والقيمة بازاء المالية والواجب فى العبد بازاء ابراء ذمته عند ابى حنيفة ومحمد رحمهما الله اه وقال الزيلعى بعد ذكر الخلاف فى التفسير ثم محمد رحمه الله شرط فى الجامع ان يكون الصبي عاقلا وفى الجامع الكبير وضع المسئلة فى صبي عمره اثنتا عشرة سنة وذلك دليل على ان غير العاقل يضمن بالاتفاق لان التسليط غير معتبر فيه وفعله معتبر اه وكتب عليه العلامة الشيخ محمد النحريرى نقلا عن الشلبي قوله اى الزيلعى وذلك دليل الخ تبع فيه صاحب الهداية وقال الاتقانى رحمه الله وهذا الذى قاله صاحب الهداية مذهب فخر الاسلام وقال بعض مشايخنا ان الصبي اذا لم يكن عاقلا لا يضمن فى قولهم واليه ذهب قاضيخان فى شرح الجامع اه ماعن الشلبي ثم كتب بعده وقال مسكين والخلاف فى الصبي العاقل فى الصحيح حتى لا يضمن غير العاقل بالاجماع اه (قوله وان اتلف مالا بايداع لم يضمن) فان قلت ما الفرق بين ذا وبين اتلافه العبد المودع عنده مع انه مال ايضا قلت الفرق ان عصمة المال غير الآدمى حق مالكه فيملك استهلاكه وله تمكين غيره من استهلاكه واما الآدمى المملوك فعصمته لحق نفسه لا لحق مولاه ولهذا بقى على اصل الحرية فى حق الدم وليس لمولاه ولاية استهلاكه فلا يملك تمليكها وهذا الفرق مؤدى قوله ولهما الخ (قوله غير العبد) بالغين المعجمة والياء المثناة والراء المهملة وانما ضبطته لانه يلتبس بالعين المهملة والنون فيلزم عليه التناقض بما يليه ولذا اوضحته بالفرق المتقدم وان علم من كلام المصنف

والحيات حتى لو نقله الى موضع يغلب فيه الحمى ضمن كذا فى الكافى (كما فى صبي اودع عبدا فقتله) اى اذا اودع مولى العبد عبده صبيا فقتله ضمن عاقلة الصبي قيمته (وان اتلف مالا بايداع لا يضمن) عند ابى حنيفة ومحمد ويضمن عند ابى يوسف والشافعى لانه اتلف مالا معصوما ولهما ان غير العبد معصوم لحق السيد وقد فوته لدفعه الى يد الصبي واما العبد فعصمته لحقه لبقائه على اصل الحرية فى حق الدم (وبدونه يضمن) لما مر انه مؤاخذ بافعاله

باب القسامة

(هى ايمان تقسم على اهل المحلة الذين وجد القتيل فيهم) قوله (ميت به جرح) مبتدأ خبره قوله الآتى حلف له (او اثر ضرب او خنق) بكسر النون (او خروج دم من اذنه او عينيه وجد فى محلة او اكثره) عطف على ضمير وجد وجاز للفصل اى اكثر البدن سواء كان معه رأسه اولا (او وجد نصفه مع رأسه لا يعلم قاتله) اذ لو علم كان هو الخصم وسقط القسامة (وادعى وليه القتل على اهلها) اى كلهم (او) على (بعضهم) عمدا او خطأ ولا بينة له (حلف له) اى لاجل ذلك الميت (خمسون رجلا منهم) اى من اهل المحلة لما روى ابن عباس رضى الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم كتب الى اهل خيبر ان هذا قتيل وجد بين اظهركم فما الذى تخرجه عنكم فكتبوا اليه ان مثل هذه الحادثة وقعت فى بنى اسرائيل فانزل الله تعالى على موسى عليه السلام امرا فان كنت نبيا فاسأل الله تعالى مثل ذلك فكتب صلى الله عليه وسلم اليهم ان الله ارانى ان اختار منكم خمسين رجلا فيحلفون بالله ما قتلنا ولا علمنا له قاتلا ثم تغرمون الدية قالوا لقد قضيت فينا بالناموس اى بالوحى (يختارهم الولى) اشارة الى ان اختيار تعيين الخمسين الى الولى لان اليمين حقه والظاهر انه يختار من يتهمه بالقتل وهم الفسقة والشبان او صالحوا اهل المحلة لان تحرزهم عن اليمين

باب القسامة

(قوله ميت به جرح) يعنى اذا كان حرا ذكرا كان او انثى صغيرا او كبيرا مسلما اوذميا عاقلا او مجنونا واما اذا كان عبدا فتجب القسامة والقيمة اذا وجد فى غير ملك سيده ولا تجب الغرامة ولا القسامة (الكاذبة) فى سائر الاموال والبهائم وهذا على اصلهما واما على اصل ابى يوسف فلا قسامة فيه ولا دية بمنزلة البهيمة وكذا الجواب فى المدبر وام الولد والمكاتب والمأذون لو فى غير دار مولاهم وفيها ليس فيهم شئ الا فى المكاتب فتجب قيمته على مولاه فى ثلاث سنين لا على عاقلته والا فى المأذون ان كان مديونا فعليه قيمته لغرمائه حالة فى ماله كذا فى البدائع وفى واقعات النسفى وقيمة العبد تؤخذ فى ثلاث سنين (قوله حلف له) لا فرق فى تحليف الخمسين بين دعوى القتل عمدا او خطأ واما الدية فعلى اهل المحلة فى دعوى العمد وعلى العاقلة فى الخطأ على ما قاله فى الذخيرة وبه اعترض ابن الملك على متن المجمع بالزامه العاقلة دية القتل فى الصورتين ولم يفصل فيرد على المصنف ايضا وسنبينه فليحرر

الكاذبة ابلغ فيظهر القاتل (قائلا) كل منهم (بالله ماقتلته ولا علمت له قاتلا لا الولي) اى لا يحلف ولى المقتول بانهم قتلوه. وقال الشافعي اذا كان هناك لوث استحلف الاولياء خمسين يمينا فان حلفوا يقضى بالدية على المدعى عليه عمدا كانت الدعوى اوخطأ فى قول وفى قول يقضى بالقود اذا كانت الدعوى فى العمد وان نكل المدعى عن اليمين حلف المدعى عليهم فان حلفوا تركوا ولا شئ عليهم وان نكلوا فعليهم القصاص فى قول والدية فى قول واللوث الذى ذكره قرينة حالية توقع فى القلب صدق المدعى بان يكون هناك علامة القتل على واحد بعينه كالدم اوظاهر يشهد للمدعى من عداوة ظاهرة اوشهادة عدل اوجماعة غير عدول ان اهل المحلة قتلوه وان لم يشهد له الظاهر حلف اهل المحلة للشافعي فى البداية بيمين الولى قوله صلى الله عليه وسلم للاولياء فيقسم منكم خمسون انهم قتلوه ولان اليمين حجة لمن يشهد له الظاهر كما فى سائر الدعاوى فان الظاهر يشهد للمدعى عليهم لان الاصل فى الذمم البراءة والظاهر يشهد للمدعى عند قيام اللوث وقرب العهد فتكون اليمين حجة له ولكن فى هذه الحجة نوع شبهة والقصاص عقوبة تسقط بها فلهذا وجب الدية فى الجديد ولنا قوله صلى الله عليه وسلم البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه وروى ابن المسيب رضى الله عنه انه صلى الله عليه وسلم بدأ باليهود بالقسامة وجعل الدية عليهم لوجود القتيل بين اظهرهم ولان اليمين ليس بحجة لاستحقاق نفس فكيف يكون حجة لاستحقاق نفس واليمين عندنا ليظهر القاتل بتحرزهم عن اليمين الكاذبة فيقروا فيجب القصاص واذا حلفوا حصل البراءة عن القصاص ثم يقضى على اهلها) اى على اهل المحلة (بالدية) لوجود القتيل بينهم وقد ثبت انه صلى الله عليه وسلم جمع بين الدية والقسامة وكذا عمر رضى الله عنه (وان ادعى وليه القتل على واحد من غيرهم سقط القسامة عنهم) يعنى اذا ادعى ولى القتيل القتل على رجل من غير اهل المحلة كان ذلك ابراء منه لاهل المحلة حتى لا تسمع دعواه بعد ذلك عليهم (وان منهم فلا) اى وان ادعى على واحد منهم بعينه لا يبطل القسامة والدية عن اهلها وعن ابى حنيفة فى رواية يكون ذلك ابراء منه لاهل المحلة كذا فى الخانية (وان لم توجد) اى الخمسون (فيها) اى المحلة (كرر الحلف عليهم الى ان يتم) اى الخمسون (ومن نكل منهم حبس حتى يحلف) لان الحلف فيه واجب تعظيما لامر الدم ولهذا يجمع بينه وبين الدية بخلاف النكول فى الاموال لان الحلف فيها بدل عن اصل حقه ولهذا يسقط ببذل المدعى وهنا لا تسقط ببذل الدية (ومستحلف قال قتله زيد حلف بالله ماقتلت ولا عرفت قاتلا غير زيد) لانه يريد اسقاط الخصومة عن نفسه بقوله فلا يقبل ويحلف على ماذكر لانه لما اقر بالقتل صار مستثنى عن اليمين فبقى حكم من سواه فيحلف عليه (ولا قسامة على صبي ومجنون) لانهما ليسا من اهل القول الصحيح للامرفت واليمين قول (وامرأة وعبد) لانهما ليسا من اهل النصرة واليمين على اهلها (ولا قسامة ولا دية) على احد (فى حق ميت لا اثر به اوخرج دم من فمه اوانفه او دبره اوذكره) لانه ليس بقتيل اذ لا بد من اثر يستدل به على كونه قتيلا وهو ماذكر

(قوله ثم يقضى على اهلها بالدية) قال فى البرهان فاذا حلفوا يقضى عليهم بالدية عندنا فى دعوى العمد وعلى عاقلتهم فى الخطأ كذا فى الذخيرة والخانية وذكر فى المبسوط وفى ظاهر الرواية القسامة على اهل المحلة والدية على عواقلهم فى ثلاث سنين (قوله وان منهم فلا) يعنى فى ظاهر الرواية كما فى البرهان (قوله وعن ابى حنيفة فى رواية) هى رواية عبد الله ابن المبارك كما فى البرهان (قوله وان لم يوجد فيها كرر الحلف عليهم) فيه اشارة الى انه اذا وجد العدد فاراد الولى تكرير الحلف على بعضهم ليس له ذلك كذا ذكره محمد رحمه الله كما فى البدائع (قوله لانه يريد اسقاط الخصومة عن نفسه بقوله فلا يقبل) كذا لا يقبل قوله فى حق من يزعم انه قتله (قوله اوخرج دم من فمه يعنى وهو ينزل من الرأس وان كان يعلو من الجوف يكون قتيلا بخلاف ماذكرها هنا يعنى اذا وجد ماذكر من غير ضرب كما اشار اليه ونص عليه فى الخانية

فى اول الباب بخلاف ما ذكر ههنا لان الدم يخرج من هذه المواضع عادة بلا فعل احد (وما تم خلقه كالكبير) اى اذا وجد سقط تام الخلق به اثر من هذه الآثار المذكورة فهو كالكبير فى الاحكام المذكورة لانه الظاهر ان تام الخلق ينفصل حيا (رجل يسوق دابة عليها قتيل ضمن عاقلته) اى عاقلة الرجل (ديته) اى دية القتيل (لا اهل المحلة) لانه فى يده فصار كانه فى داره (كذا لو قادها او ركبها فان اجتمعوا) اى القائد والسائق والراكب (ضمنوا) لانه فى ايديهم ذكره الزيلعى (ولو بين قريتين او قبيلتين فعلى اقربهما) لان قتيلا وجد بين قريتين على عهد النبى صلى الله عليه وسلم فامران يمسح بينهما فوجد الى احدى القريتين اقرب فقضى عليهم بالقسامة والدية وروى عن عمر رضى الله عنه مثله (وان استويا) اى القريتان او القبيلتان (فعليهما ان كان) اى القتيل (فى موضع يسمع منه صوت) لاهل القرية فى الصورة الاولى واهل القريتين فى الثانية لانه اذا كان بحيث يبلغ الصوت يلحقه الغوث فيمكنهم النصرة وقد قصروا واذا كان فى موضع لا يسمع منه الصوت لا يلزمهم نصرته فلا ينسبون الى التقصير فلا يجعلون قاتلين تقديرا (وجد) اى القتيل (فى دار رجل فعليه القسامة وتدى عاقلته اذا ثبت انها له بالحجة) لان التدبير فى حفظ الملك الخاص الى المالك والدية على عاقلته لان نصرته وقوته بهم وهذا اذا كان له عاقلة والا فعليه كما مر مرارا (لا بمجرد اليد) حتى لو كان به لا تدى عاقلته ولا نفسه (ولو) وجد قتيل (فى دار نفسه ٢ تدى عاقلته ورثته) عند ابى حنيفة لان الدار حال ظهور القتيل لورثته فالدية على عاقلتهم وعندهما وعند زفر لا شئ فيه وبه يفتى لما قالوا ان الدار فى يده حال ظهور القتل فيجعل كانه قتل نفسه فكان هدرا وان كانت الدار للورثة فالعاقلة انما يتحملون ما يجب عليهم تخفيفا لهم ولا يمكن الايجاب على الورثة للورثة (القسامة على اهل الخطة) اى اصحاب الاملاك القديمة الذين كانوا تملكوها حين فتح الامام البلدة وقسمها بين الغانمين بخط خطة ليتميز انصباؤهم (لا مع السكان) اى لا يدخل السكان يعنى المستأجرين والمستعيرين مع الملاك فى القسامة عند ابى حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف هو عليهم جميعا لان ولاية التدبير تكون بالسكنى كما تكون بالملك الا يرى ان النبى صلى الله عليه وسلم جعل القسامة والدية على اليهود وان كانوا سكانا بخيبر ولهما ان المالك هو المختص بنصرة البقعة لا السكان واهل خيبر مقرون على املاكهم (ولا المشترين) عندهما ايضا وقال ابو يوسف كلهم مشتركون لان وجوب الضمان بترك الحفظ ممن له ولاية الحفظ وهى بالملك وقد استووا فيه ولهما ان صاحب الخطة هو المختص بتدبير المحلة وهى تنسب اليه لا المشترين وقلما زاحمه المشترى فى التدبير والقيام بحفظ المحلة فكان هو المختص بالقسامة والدية لا المشترى وقيل انما اجاب ابو حنيفة بهذا بناء على ما شاهد من عادة اهل الكوفة فى زمانه ان اصحاب الخطة فى كل محلة يقومون بتدبير المحلة ولا يشاركهم المشتركون فى ذلك (فان باع كلهم) يعنى ان بقى واحد من اهل الخطة فكذلك الحكم لان المشترين اتباع لاهل الخطة فان بقى شئ من الاصل يكون الحكم له دون البيع وان لم يبق بل باع كلهم (فعلى

(المشترين)

فلا شئ عليه كذا فى الجوهرة وقال فى التبيين وعن ابى يوسف انه لا يجب على السائق الا اذا كان يسوقها مختفيا اه (قوله فان اجتمعوا ضمنوا) يعنى سواء كانوا مالكين للدابة او لا بخلاف الدار لان لهم تدبير الدابة مطلقا وتدبير الدار لمالكها وان لم يكن ساكنها والدابة اذا لم يكن معها احد فعلى اهل المحلة القسامة والدية (قوله ان كان فى موضع يسمع منه الصوت) كذا ذكره قاضيخان جازما به وقال الزيلعى وقيل هذا محمول الخ (قوله واهل قريتين) لعله قبيلتين ثم انه يشترط السماع فيما اذا استويا لتجب عليهما (قوله وجد فى دار رجل فعليه القسامة وتدى عاقلته) قال فى البرهان واذا كانت عاقلته حاضرة فى بلده تدخل معه فى القسامة كالدية اذا ثبت انها له بالبينة عند ابى حنيفة ومحمد وهو قول ابى يوسف الاول ورجع ابو يوسف الى وجوب القسامة عليه وحده كما لو كانوا غيبا وذكر فى النهاية ان فى المسئلة روايتين ووفق بينهما اه (قوله القسامة على اهل الخطة) كذا الدية عليهم ايضا وينبغى التفصيل كما تقدم فى المحلة فتجب الدية فى دعوى العمد عليهم وفى الخطأ على عاقلتهم (قوله وقال ابو يوسف هو عليهم جميعا) ذكر الضمير باعتبار اليمين (قوله وان كانوا سكانا بخيبر) عبارة الزيلعى وكانوا سكانا بخيبر

٢ (قوله تدى عاقلته ورثته) لعل الصواب حذف الضمير من عاقلته واضافة ورثته اليه بدليل حل الشارح بعد فليحرر اه مصححه

المشترين) اتفاقا لزوال من يقدمهم عندهما او يزاحمهم عنده فانتقلت عندهما اليهم وخلصت عنده لهم (وجد) قتيل (في دار) مشتركة (بين قوم لبعضهم اكثر) بأن كان نصفها لرجل مثلا وعشرها لرجل وباقيها لآخر (فهي على الرؤس) ولا يعتبر قدر الانصباء لاستواء صاحب القليل والكثير في الحفظ والتقصير (وان بيعت) دار (ولم تقبض) حتى وجد فيها قتيل (فعلى) اى الدية على (عاقلة البائع وفي البيع بخيار فعلى عاقلة المشترى ذى اليد) عند ابى حنيفة وعندهما ان لم يكن فيه خيار فعلى عاقلة المشترى وان كان فعلى عاقلة من تصير له الدار سواء كان الخيار للبائع او المشترى فانه يعتبر اليد وهما الملك (وان) وجد القتيل (في الفلك) فالقسامة والدية (على من فيه) من الركاب والملاحين والمالك وغيره فيه سواء وكذا العجلة (وفي مسجد محلة وشارعها) اى شارع المحلة احتراز من الشارع الاعظم كما سيأتى (على اهلها) لانهم احق الناس بالتدبير فيه (وفي سوق مملوك على المالك وفي غيره) اى غير المملوك (والشارع الاعظم والسجن والجامع لا قسامة) لان المقصود بها نفى تهمة القتل وذا لا يتحقق في حق العامة (والدية على بيت المال) لان الغرم بالغنم اعلم ان الطريق ينقسم ابتداء الى قسمين احدهما طريق خاص وهو ما يختص بواحد او اكثر ويكون له مدخل لا مخرج كما ذكروا في بحث الزائغة المستطيلة والآخر طريق عام وهو ما لا يختص بواحد او اكثر ويكون له مدخل ومخرج ويسمى هذا بالشارع وهو ايضا قسمان احدهما شارع المحلة وهو ما يكون المرور فيه اكثريا لاهل المحلة وقد يكون لغيرهم ايضا وهذا ما قال في الينابيع وفي مسجد محلة على اهلها كما لو وجد في شارع المحلة والآخر الشارع الاعظم وهو ما يكون مرور جميع الطوائف فيه على السوية كالطريق الواسعة في الاسواق وخارج البلدان وهذا ما قال في الهداية ومن وجد في الجامع والشارع الاعظم فلا قسامة فيه هكذا يجب ان يعلم هذا المقام حتى تندفع الشبهة وتضمحل الاوهام (وفي قوم التقوا بالسيف واجلوا عن قتيل) اى تفرقوا فظهر في موضع اجتماعهم قتيل (على اهل المحلة) لان حفظ المحلة عن مثل ذلك واجب عليهم فاذا لم يعرف من باشره جعل عليهم القسامة والدية (الا ان يدعى الولى على القوم او على بعض منهم) فلم يكن على اهل المحلة شئ لان هذه الدعوى تضمنت براءتهم من القسامة ولا على القوم حتى يقيموا البينة اذ بمجرد الدعوى لا يثبت الحق لكن يسقط الحق عن اهل المحلة لان قوله حجة على نفسه (وجد) قتيل (في برية لا عمارة بقربها معنى القرب على ما سبق سماع الصوت (او في نهر كبير) وهو ما ليس في يد احد ولا ملكه كالفرات مثلا بخلاف النهر الذى يستحق فيه الشفعة لاختصاص اهله به لقيام يدهم عليه فيكون القسامة والدية عليهم فقول الوقاية او ماء يمر به ليس على اطلاقه (فهدر) لانه اذا كان بهذه الحالة لا يلحقه الغوث من غيره فلا يوصف بالتقصير (ولو) كان القتيل (محتبسا بالشاطئ فعلى اقرب القرى) من ذلك الموضع على التفسير المذكور للقرب (ولو في ارض او دار موقوفتين على ارباب معلومة فعليهم) لانهم احق الناس بالتدبير فيهما (ولو) كانت موقوفة (على مسجد

(قوله فانتقلت عندهما) اى ابى حنيفة ومحمد وخلصت عنده اى ابى يوسف (قوله وهو ايضا قسمان احدهما شارع المحلة) قد اعترضه بعض الفضلاء ونفى انقسام الشارع الى هذين القسمين في الحكم بل الشارع واحد اه وهو ظاهر لان لزوم القسامة والدية باعتبار ترك التدبير والحفظ ولا يكون الا مع الخصوص بالتفرق في الحل ولذا قال في البدائع ولا قسامة في قتيل يوجد في مسجد الجامع ولا في شوارع العامة ولا في جسور العامة لانه لم يوجد الملك ولا يد الخصوص اه وقول المصنف وهذا ما قال في النافع الخ الحمل غير مسلم بل الحمل الصحيح ان يكون المراد بشارع المحلة ما ليس نافذا واريد في كلام النافع بالشارع الطريق ولذا قال في البدائع وكذا اذا وجد في مسجد المحلة او في طريق المحلة لما قلنا فلا مخالفة بين الهداية وغيرها في لزوم القسامة والدية بالوجدان في سكة غير نافذة على اهلها وعدم القسامة في النافذة وتكون الدية في بيت المال (قوله وفي قوم التقوا بالسيف) المراد مطلق السلاح وهذا اذا كانوا غير متأولين جهة حق كذا في البرهان وقال الزيلعى قال ابو جعفر رحمه الله في كشف الغوامض هذا ان كان الفريقان غير متأولين اقتتلوا عصبية وان كانوا مشركين او خوارج فلا شئ ويجعل ذلك من اصابة العدو (قوله حتى يقيموا البينة) يعنى اولياء المقتول اى يقيموا البينة على القوم وكان ينبغى ان يقول حتى يقيم اى الولى البينة (قوله على التفسير المذكور للقرب) يعنى بحيث يسمع منه الصوت

فكالمسجد) اى كما لو وجد فى المسجد وتدمر (ولو) وجد (فى معسكر فى فلاة غير مملوكة فى الخيمة والفسطاط على ساكنيهما او) فى (خارجهما ان كانوا) اى ساكنوا خارجهما (قبائل فعلى) قبيلة وجد (القتيل) فيها او بين القبيلتين كان كما بين القريتين (وقد مر بيانه) وان نزلوا اجلة مختلفين (فعلى اهل العسكر) كلهم لانهم لما نزلوا اجلة صارت الامكنة كلها بمنزلة محلة واحدة منسوبة اليهم فتجب غرامة ما وجد فى خارج الخيام عليهم (ولو) كانت الارض التى نزل فيها العسكر (مملوكة فعلى المالك) اى القسامة والدية بالاجماع لانهم سكان ولا يزاحمون المالك فى القسامة والدية (جرح فى حى فنقل الى اهله فبقى ذا فراش فمات فالقسامة والدية على الحى) خلافا لابى يوسف لان الجرح اذا اتصل به الموت صار قتلا ولهذا اوجب القصاص بخلاف ما اذا لم يكن صاحب فراش (رجل معه جريح به رمق فحمله آخر الى اهله فمكث زمانا فمات لم يضمن الحامل) فى قول ابى يوسف ومحمد وفى قياس قول ابى حنيفة يضمن لان يده بمنزلة المحلة فوجوده جريحا فى يده كوجوده فيها (رجلان فى بيت بلا ثالث وجد احدهما قتيلا ضمن الآخر ديته) عند ابى يوسف خلافا لمحمد فانه لا يضمن عنده لاحتمال انه قتل نفسه ولابى يوسف ان الظاهر ان الانسان لا يقتل نفسه (وجد) قتيل (فى قرية امرأة كرر الحلف عليها وتدى عاقلتها) عند ابى حنيفة ومحمد وعند ابى يوسف القسامة ايضا على العاقلة لانها على اهل النصرة والمرأة ليست منها فاشبهت الصبى ولهما ان القسامة لنفى التهمة والتهمة من المرأة متحققة (بطل شهادة اهل المحلة بقتل غيرهم) يعنى اذا ادعى الولى على غير اهل المحلة وشهد شاهد ان من اهلها لم تقبل عند ابى حنيفة وقالا تقبل لانهم كانوا بصدد ان يصيروا خصماء وقد بطل بدعوى الولى القتل على غيرهم فتقبل شهادتهم كالوكيل بالخصومة اذا عزل قبل الخصومة وله انهم خصماء بانزالهم قاتلين للتقصير الصادر منهم فلا تقبل شهادتهم وان خرجوا من الخصومة كالوصى اذا خرج من الوصاية بعد ما قبلها ثم شهد (وعلى واحد منهم) اى بطل شهادتهم على واحد منهم بعد ما ادعى الولى القتل عليه بعينه لان الخصومة قائمة مع الكل على ما ذكر والشاهد يدفعها عن نفسه فيكون متهما

﴿ كتاب المعاقل ﴾

جمع معقلة بفتح الميم وضم القاف بمعنى العقل اى الدية سميت به لانها تعقل الدماء من ان تسفك ومنه العقل لانه يمنع عن القبائح (العاقلة) هم الذين يقسم عليهم دية القتيل خطأ (اهل الديوان لمن هو منهم تؤخذ من عطياتهم فى ثلاث سنين من وقت القضاء) وهم الجيش الذين كتبت اسماؤهم فى الديوان هذا عندنا وعند الشافعى على العشيرة لما روى ان النبى صلى الله عليه وسلم حكم عليهم ولا نسخ بعده ولانها صلة فالاقارب اولى بها كالارث والنفقات ولنا قضية عمر رضى الله تعالى

(قوله وفى معسكر فى فلاة الخ) قال فى البرهان وان كان القوم التقوا قتالا ووجد قتيل بين اظهرهم فلا قسامة فيه ولا دية وقال الزيلعى وان كانوا القوا عدوهم فلا قسامة ولا دية لان الظاهر انه قتيلهم ﴿١٢٤﴾ اه (قوله خلافا لابى يوسف) اى قال لا ضمان فيه ولا قسامة لان ما حصل فى تلك القبيلة ما دون النفس ولا قسامة فيه فصار كما اذا لم يكن صاحب فراش (قوله لان الجرح اذا اتصل به الموت الخ) تعليل للزوم القسامة والدية على الحى الذى جرح فيهم على قول الامام كما فى التبيين (قوله وتدى عاقلتها) اى المرأة وتشارك عاقلتها فى الدية على الاصح كما فى التبيين

﴿ كتاب المعاقل ﴾

(قوله جمع معقلة بمعنى العقل) اى الدية لقائل ان يقول اذا كان المراد بها الدية فقد تقدم كتاب الديات وليس فى هذا الكتاب شئ من بيان الديات بل من تجب عليه الدية وهى العاقلة ولذا ترجم فى البرهان بقوله باب العاقلة اه وقال فى المحيط العاقلة اسم مشتق من العقل وهو المنع ولهذا يقال لما يعقل به البعير عقال لانه يمنعه من النفور ومنه سمى اللب عقلا لانه مما يمنع الانسان عما يضره فكذلك عاقلة الانسان وهم اهل نصرته مما يمنعونه عن قتل ما ليس له قتله فالعقل الذى هو آلة الادراك جمعه عقول والعقل الذى هو الدية جمعه المعاقل ومنه العاقلة وهم الذين يحملون العقل وهو الدية اه (قوله العاقلة هم اهل الديوان) ليس على عمومه لان النساء والذرية ممن له حظ فى الديوان وكذا المجنون ولا شئ عليهم من الدية واختلف فى دخولهم لو باشروا القتل مع العاقلة فى الغرامة والصحيح انهم يشاركون العاقلة كما فى التبيين (قوله من وقت القضاء) يعنى لا من وقت الموت ونظيره ولد المغرور (منه) فان قيمته لا تجب قبل القضاء وانما تجب قيمته بالقضاء فتعتبر قيمته فى ذلك الوقت

عنه فانه لما دون الدواوين جعل الدية على اهل الديوان بمحضر من الصحابة من غير نكير منهم فكان اجماعا وليس ذلك بنسخ بل تقرير معنى لان العقل كان على اهل النصرة وقد كانت بانواع كالولاء والحلف والعدو هو ان يعد رجل من قبيلة وفي عهد عمر رضي الله عنه صار بالديوان فجعلها على اهله اتباعا للمعنى ولهذا قالوا لو كان اليوم قوم يتناصرون بالحرف فعاقلتهم اهل الحرفة وان كانوا يتناصرون بالحلف فأهله والدية صلة كما قال الشافعي لكن ايجابها فيما هو صلة وهو العطاء اولى من ايجابها في اصول اموالهم لانها اخف وما تحملت العاقلة الا للتخفيف والتقدير بثلاث سنين مروى عن النبي صلى الله عليه وسلم ويحكى عن عمر رضي الله تعالى عنه (كذا ما يجب في مال القاتل من الدية) يعني يؤخذ في ثلاث سنين عندنا وتجب حالا عند الشافعي وسيأتي امثلته ان شاء الله تعالى (وان خرجت) اي العطايا (لاكثر منها) اي من ثلاث سنين (او اقل) منها (يؤخذ منه) اي الاكثر او الاقل (والحي) عطف على اهل الديوان اي العاقلة القبيلة (لمن ليس منهم) اي من اهل الديوان وقع في عبارة الوقاية هكذا او حيه لمن ليس منهم وكأنه سهو من الناسخ لان ضمير حيه لمن ولا وجه لارجاعه اليه فالصواب والحي لمن ليس منهم (يؤخذ من كل) اي كل واحد من آحاد العاقلة (في) مجموع (ثلاث سنين ثلاثة دراهم او اربعة فقط) بحيث يؤخذ من كل واحد منهم (في كل سنة درهم) ليكون المأخوذ في ثلاث سنين ثلاثة دراهم (او مع ثلث) اي ثلث درهم ليكون المأخوذ في ثلاث سنين اربعة دراهم (وان لم يتسع الحي ضم اليه اقرب الاحياء نسبا الاقرب فالاقرب كما في العصبات) واما الآباء والابناء فاختلف في دخولهم (والقاتل كاحدهم) لانه الجاني فلا معنى لاخراجه وفيه خلاف الشافعي (و) العاقلة (للمعتق حي مولاه) لان نصرته بهم يؤيده قوله صلى الله عليه وسلم مولى القوم منهم (ولمولى الموالاة مولاه) الذي عاقده (وحيه) اي قبيلة مولاه لان العرب يتناصرون بهم فاشبه مولى العتاقة (وتحمل العاقلة ما يجب بنفس القتل) الاصل في ايجاب الدية على العاقلة بالخطأ وشبه العمد قوله صلى الله عليه وسلم لاولياء الضاربة قوموا فدوه قاله حين ضربت امرأة بطن امرأة فالقت جنينا فرفع الامر اليه صلى الله عليه وسلم ولان الخاطئ معذور وكذا المباشر شبه العمد لان الآلة للتأديب لا للقتل وللنفس احترام لا يجوز اهدارها ولا وجه لايجاب القود عليه وفي ايجاب مال عظيم استئصال له فضم اليه العاقلة لانه انما قصر بقوة فيه وهي بانصاره وهم العاقلة فكانوا مقصرين في ترك مراقبته فخصوا به (وقدر ارش موضحة فصاعدا) لما مر في فصل الشجاج ان الواجب في الموضحة فصاعدا الدية وهي على العاقلة (لا) اي لا تحمل العاقلة (ما يجب بصلح او اقرار لم تصدقه العاقلة او عمد سقط قوده بشبهة او قتله ابنه او عمدا ولا جناية عبد او عمد وما دون ارش موضحة) لما روى انه صلى الله عليه وسلم قال لا تعقل العواقل عمدا ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا ولا ما دون ارش الموضحة ولان التحمل للتحرز عن الاستئصال ولا استئصال في القليل والتقدير الفاصل عرف بالسمع وما نقص عنه لا تتحمله العاقلة

(قوله كالولاء) يعني ولاء العتاقة (قوله والحلف) قال في غاية البيان والحلف بكسر الحاء وسكون اللام العهد والمراد به ولاء الموالاة وفي النهاية الحلف بكسر الحاء العهد يكون بين القوم ومنه قولهم تحالفوا على التناصر والمراد هنا ولاء الموالاة (قوله والعدو هو ان يعد الرجل من قبيلة) يعني وان لم يكن من قبيلتهم يقال فلان عديد بني فلان (قوله كذا ما يجب في مال القاتل من الدية يعني يؤخذ في ثلاث سنين عندنا) قال الناطفي فان لم يكن له عاقلة ففي ماله يؤدي كل سنة ثلاث دراهم او اربعة كما في المجتبى قال العلامة شيخ استاذي العلامة المقدسي رحمه الله تعالى قلت وهذا حسن لا بد من حفظه فقد رأيت في كثير من المواضع انه يجب الدية في ماله في ثلاث سنين اه (قوله وان خرجت اي العطايا الاكثر منها الخ) قال الزيلعي وهذا اذا كانت العطايا للسنين المستقبلة بعد القضاء حتى لو اجتمعت في السنين الماضية قبل القضاء بالدية ثم خرجت بعد القضاء لا تؤخذ منها (قوله كما في العصبات) ظاهر على القول بدخول آباء القاتل وابنائه واما على القول بعدم دخولهم فيبدأ بالاخوة ثم بنيهم ثم بالاعمام كذلك الخ (قوله والعاقلة للمعتق حي مولاه) يعني مع مولاه وعليه نص البرهان بقوله ويعقل عن مولى الموالاة مولاه وقبيلته عندنا كمولى العتاقة اه واليه يشير قول المصنف فأشبه مولى العتاقة

بل الجانى ولو صدق العاقلة الجانى لزمتهم الدية لانها ثبتت بتصادقهم والامتناع كان لحقهم ولهم ولاية على انفسهم فتجب عليهم (ومن ليس له ديوان ولاحى نعاقلته بيت المال) فى ظاهر الرواية وعليه الفتوى كذا فى الخلاصة وقال عصام روى محمد عن ابى يوسف عن ابى حنيفة انه يجب فى مال الجانى ولا يجب فى بيت المال بالاجماع كذا فى الخلاصة (ولا عاقلة للعجم) فى الخلاصة لو كان الرجل من العجم عن شمس الائمة الحلوانى ان الائمة اختلفوا فيه قال بعضهم لاعاقلة لاهل العجم وهو اختيار الفقيه ابى جعفر قال وبه كان يفتى شيخ الاسلام ظهير الدين المرغينانى

كتاب الآبق

لا يخفى مناسبته لكتاب الجنايات وتوابعها وهو مملوك فر من مالكه قصدا (ندب اخذه لقادر عليه) لان فيه احياء ماليته وللمال حرمة كالنفس واعانة لمولاه (واختلف فى الضال) قيل اخذه افضل احياء له لاحتمال الضياع وقيل تركه افضل لانه لا يبرح مكانه فيلقاه مولاه وان عرف الواجد بيت مولاه فالاولى ان يوصله اليه (فيأتى) اى الآخذ (به) اى بالآبق (الى القاضى فيحبسه) تعزيرا له ولانه لا يؤمن من الآبق ثانيا ولهذا لا يؤجره ان كان له منفعة وينفق عليه من بيت المال ويجعله دينا على مالكه فيأخذه منه اذا جاء او من ثمنه اذا بيع ولا يحبس الضال لانه لا يستحق التعزير ولا يأبق وان كان له منفعة آجره وانفق عليه من اجرته (الى مجئ مولاه فاذا جاء واقام البينة) انه له (قيل على القاضى وقيل على من نصبه القاضى) لحفظ الاوابق ونحوها (يحلفه) اى القاضى او من نصبه المولى (بالله ما اخرجه عن ملكه) بوجه من الوجوه (فيدفعه اليه قيل) بدفعه (بالكفيل) لزيادة الاحتياط (وقيل لا) لكون الدفع بعد الاثبات (وان لم يقمها) عطف على اقام البينة (واقر) اى العبد (انه عبده او وصف) المولى (علامته وحليته دفعه) القاضى (اليه بالكفيل وان انكر المولى اباقه) مخافة اخذ الجعل منه (يحلف) بالله ما ابق (ويدفع) اليه (فان طال مجيئه) اى مجئ المولى (باعه القاضى وان علم مكانه) لئلا يتضرر المولى بكثرة النفقة (وامسك ثمنه او انفق عليه) اى الآبق (منه) اى الثمن (ودفع الباقى اليه) اى الى المولى (ان اثبت) انه له بالبينة (او بين الحلية والعلامة وليس له) اى للمولى (فسخه) اى فسخ مع القاضى لان بيعه بامر الشرع لحكمه لا ينقض وان زعم المولى انه كان كاتبه او دبره لم يصدق على نقض البيع كذا فى فتاوى المسعود (ولموصله) خبر لقوله الآتى اربعون درهما (اليه) اى لراد الآبق الى مولاه سواء كان الآبق عبدا محجورا او مأذونا او مدبرا او ام ولد) لانهم مملوكون فيحصل به احياء المالية من هذا الوجه بخلاف المكاتب لانه احق بمكاسبه لانه غير مملوك يدا كما سيأتى (من مدة سفر او اكثر متعلق بالموصل (اربعون درهما وان لم يعدلها) اى وان كانت قيمته اقل منه (ان اشهد انه اخذه للرد) وان لم يشهد فلا شئ له كما سيأتى (و) لموصله (من اقل

(منها)

(قوله ولو صدق العاقلة الجانى لزمتهم الدية) قال الزيلعى وكذا اذا اقام البينة ولى الجناية او اقروا فتقبل البينة مع الاقرار هنا (قوله ومن ليس له ديوان ولاحى نعاقلته بيت المال) ذكر فى كتاب الولاء من الاصل ان بيت المال لا يعقل من له وارث معروف سواء كان مستحقا للميراث بأن كان حرا مسلما او لم يكن بأن كان كافرا او عبدا فقال لو ان حربيا مستأمنا اشترى عبدا مسلما فى دار الاسلام فأعتقه ثم مات معتقه فميراثه لبيت المال لان معتقه رقيق فى الحال واو جنى هذا المعتق نعقل جنايته يكون عليه ولا يكون على بيت المال لان له وارثا معروفا وهو المعتق وان كان لا يستحق ميراثه لاجل الرق وهو الصحيح اه

كتاب الآبق

(قوله فيأتى اى الآخذ به اى بالآبق الى القاضى) يعنى ان شاء وان شاء حفظه بنفسه (قوله فيحبسه) ليس المراد حبسه ابتداء بل اذا رفعه اليه لا يقبله الا ببينة ثم يحبسه كما فى التبيين (قوله ولموصله الخ) شامل لما لو كانت امة بولدها فله جعل واحد مالم يكن ولدها مراهقا فيجب ثمانون درهما (قوله ولموصله من اقل

منها)اى مدة السفر (بحسنه) اى بحسابه لان العوض يوزع على العوض ضرورة
المقابلة (وفى الاخيرين)اى المدبر وام الولد (اذا مات المولى قبل وصولهما اليه فلا
جعل له)لان ام الولد تعتق بموته فتكون حرة ولا جعل فى الحر وكذا المدبر ان خرج
من الثلث وان لم يخرج فكذا عندهما لانه حر مديون اذ الاعتاق لا يتجزأ عندهما وعنده
مكاتب ولا جعل فى المكاتب كما يأتى (فان اشهد)اى آخذ الآبق بانه اخذه ليرده الى
مولاه (وابق منه لم يضمن)لانه امانة عنده ولم يتعد (والا)أى وان لم يشهد (ضمن)
لانه غاصب (ولا شئ له) فى الوجهين اما فى الاول فلانه لم يرده الى مولاه واما فى الثانى
فلانه بتركه الاشهاد صار غاصبا هذا عندهما واما عند ابى يوسف فلا يضمن ويستحق
الجعل اذا رده لان الاشهاد عنده ليس بشرط فيه وفى اللقطة (لا جعل برد المكاتب)
لانه ليس بمملوك يدا(وعلى المرتهن جعل الرهن)لان وجوب الجعل بالرد اعادة مالية
العبد ومالية حق المرتهن اذ موجب الرهن ثبوت يد الاستيفاء للمرتهن من المالية فكان
الراد عاملا له فيجب الجعل عليه(وان رد بعد موت الراهن)اذ الرهن لا يبطل بالموت
وهذا اذا(كانت قيمته مثل الدين اواقل منه وفى الاكثر قدر الدين عليه والباقى على
الراهن)لان حقه بالقدر المضمون وصار كثمن الدواء والتخليص من الجناية بالفداء
فانه على المرتهن بالقدر المضمون فيه(وان كان مديونا فعلى)اى الجعل على (المولى ان
اختار القضاء) اى قضاء ما على العبد من الدين(وان أبى)من القضاء (بيع)العبد
(فبدئ بالجعل) اى اخذ صاحب الجعل جعله اولا (والباقى للغرماء)لانه مؤنة الملك
فيجب على من يستقر الملك له(وان كان)العبد (جانيا فعلى المولى الفداء)اى الجعل على
المولى ان اختار الفداء لانه طهره من الجناية باختياره الفداء وتبين ان الراد احيا ماليته
(والاولياء فى الدفع) اى الجعل على الاولياء ان اختار المولى دفع العبد اليهم لانه احيا
حقهم (وان كان) العبد (موهوبا فعلى الموهوب له وان رجع الواهب فى هبته بعد الرد)
لان الملك للموهوب له عند الرد فزواله بالرجوع بتقصير منه وهو ترك التصرف فيه فلا
يسقط عنه الواجب بالرد(وان كان لصبى ففى ماله)لانه مؤنة ملكه(وان رده وصيه فلا
جعل له)لان تدبيره واجب عليه فلا يستحق الاجر به(ابق بعد البيع وقبل القبض خير
المشترى)اى فالمشترى مخير(ان شاء صبر حتى يرجع)الآبق (اور فع)الامر (الى القاضى
ليفسخ)العقد بحكم عجز البائع عن التسليم ذكره فى الكافى فى باب التصرف فى الرهن

كتاب المفقود

(هو)لغة من فقدت الشئ غاب عنى وانا فاقده وهو مفقود واصطلاحا(غائب لم
يدر اثره) اى فى اى موضع هو(ولم يسمع خبره) احى هو ام ميت (حى فى حق
نفسه)بالاستصحاب(فلا نكاح لعرسه)لكونه مخالفا لقوله تعالى والذين يتوفون
منكم الآية (ولا يقسم ماله قبل ان يعرف حاله) لان ظاهر حاله الحياة والقسمة
بعد الممات (ولا تفسخ اجارته) لانها لا تفسخ قبل الموت (ويقيم القاضى

منها بقسطه)اى فيقسم الاربعون على
الايام الثلاثة كما فى البرهان وقال الزيلعى
ذكر فى الاصل انه يرضخ اذا وجده فى
المصر اوخارج المصر وعن ابى حنيفة
انه لا شئ له فى المصر ثم ان اتفقا فى الرضخ
والا فالامام يقدره (قوله وان رده وصيه
فلا جعل له) كذا احد الابوين والابن
الى احدهما ومن فى عيال سيده واحد
الزوجين للآخر ومن يعول اليتيم ومن
استعان به المالك فى رده اليه والسلطان
والشحنة والخفير كما فى الاشباه والنظائر

كتاب المفقود

(قوله هو لغة من فقدت الشئ الخ) قال
فى البرهان وهو مشتق من الفقد والاسم
فى اللغة من الاضداد تقول فقدت الشئ
اى اضللته وفقدته اى طلبته وكلا المعنيين
يتحقق فى المفقود فقد ضل عن اهله وهم
فى طلبه

من يقبض حقه) الكائن في ذمم الناس (ويحفظ ماله ويبيع ما يخاف فساده) لان القاضي نصب
ناظرا لكل عاجز عن النظر لنفسه كالصبي والمجنون والمفقود كذلك وفي نصب الحافظ
له والقائم عليه نظر له فانه يقبض غلاته والدين الذي اقر به غريم من غرمائه لانه من باب
الحفظ ويخاصم في كل دين وجب بعقده لانه اصيل في حقوقه ولا يخاصم في الدين الذي
تولاه المفقود ولا في نصيب له في عقار او عروض في يد آخر لانه ليس بمالك ولا نائب عنه
بل هو وكيل بالقبض من جهة القاضي وانه لا يملك الخصومة بلا خلاف وانما الخلاف
في الوكيل بالقبض من جهة المالك في الدين فان ادعى احد المفقود حقا من الحقوق
لم يلتفت الى دعواه ولم يقبل منه بينة ولم يكن وكيل القاضي ولا احد من الورثة خصما
وان رأى القاضي سماع البينة وحكم بذلك لم ينفذ حكمه لان الاختلاف في نفس القضاء
ذكره الزيلعي (وينفق على اقربائه بالولاد كولده وابويه وعرسه) لما مر في باب النفقات
الاصل ان كل من يستحق النفقة في مال المفقود حال حضوره بلا قضاء القاضي ينفق
عليه من ماله عند غيبته لان القضاء حينئذ يكون اعانة وكل من لا يستحقها في حضوره
الا بالقضاء لا ينفق عليه من ماله لان النفقة حينئذ تجب بالقضاء والقضاء على الغائب لا
يجوز (لا يفرق بينه وبينها) اي بين المفقود وعرسه لقوله صلى الله عليه وسلم انها امرأته
حتى يأتي البيان (ولو لاربع سنين) وعند مالك اذا مضى اربع سنين يفرق بينهما وتعتد
عدة الوفاة ثم تتزوج ان شاءت (وميت) عطف على حي (في حق غيره فلا يرث من غيره
ولا يستحق ما اوصى له به اذا مات الموصي بل يوقف قسطه من مال مورثه وموصيه
الى موت اقرانه في بلده) اختلف في تقدير مدة حياته وظاهر الرواية ما ذكرنا فان
ما تقع الحاجة الى معرفته فطريقه في الشرع الرجوع الى امثاله كقيم المتلفات ومهر
مثل النساء وبقاؤه بعد كل اقرانه نادر وبناء الاحكام الشرعية على الظاهر الغالب
واعتبر اقرانه في بلده لان التفحص عن حال الاقران في كل البلدان خارج عن الامكان
وقال الزيلعي المختار ان يفوض الى رأي الامام لانه يختلف باختلاف البلاد وكذا
غلبة الظن تختلف باختلاف الاشخاص فان الملك العظيم اذا انقطع خبره يغلب
على الظن في ادنى مدة انه مات لا سيما اذا دخل مهلكة ولم يكن سبب اختلاف
الناس في مدته الا اختلاف آرائهم فيه فلا معنى لتقدير المدة له (فان ظهر قبله) اي
قبل موت اقرانه (حيا فله ذلك) اي القسط الموقوف (وبعده) اي بعد موت
اقرانه (يحكم بموته في) حق (ماله يوم تمت المدة) الظرف متعلق بماله اي يحكم بموته في
حق ماله الذي في يده وتحت تصرفه حقيقة او حكما يوم تمام المدة (فتعتد عرسه) لانه
كانه الآن مات (للموت) يعني اربعة اشهر وعشرا (ويقسم ماله بين ورثته الآن)
ولا يرثه وارث مات قبل المدة (وفي مال غيره) عطف على في ماله اي يحكم
بموته في حق مال غيره (من حين فقد) حتى لا يكون بعد ذلك الحين مالكا لمال

الزيلعي لكن على سبيل الاستشكال على
مانص في المذهب بخلافه فانه قال ولا
يخاصم في دين لم يقر به الغريم الى ان قال لما
فيه من تضمن الحكم على الغائب ثم قال
فاذا كان يتضمن الحكم على الغائب
لا يجوز عندنا فلو قضى به قاض يرى ذلك
جاز لانه فصل مجتهد فيه فينفذ قضاؤه
بالاتفاق فان قيل المجتهد فيه نفس القضاء
فينبغي ان يتوقف نفاذه على امضاء قاض
آخر كما لو كان القاضي محدودا في قذف قلنا
ليس كذلك بل المجتهد فيه سبب القضاء وهو
ان البينة هل تكون حجة من غير خصم
حاضر ام لا فاذا رآها القاضي حجة وقضى
بها نفذ قضاؤه كما لو قضى بشهادة المحدود
في قذف هكذا ذكر هنا وهو مشكل فان
الاختلاف في نفس القضاء والا لم يتصور
الاختلاف في نفس القضاء ابدا فاذا كان
الاختلاف فيه نفس القضاء فلا ينفذ حكمه
حتى ينفذه حاكم آخر بخلاف ما اذا كان
الاختلاف في واقعة فحكم الحاكم باحد
القولين حيث ينفذ حكمه فيه من غير
تنفيذ احد لوجود الاختلاف فيها قبل
الحكم اه فليتأمل (قوله وينفق على
اقربائه بالولاد الخ) يعني ما كان من جنس
حقهم كالدراهم والدنانير وتمام الكلام
عليه في التبيين (قوله وظاهر الرواية ما
ذكرنا) هكذا ذكره الزيلعي والبرهان
وقال شيخ الاسلام خواهرزاده هذا
القول اصح كما في ابن الضياء وفي البرهان
وحكم بموته بعد تسعين سنة على المفتى به
والارفق بالناس التقدير بتسعين سنة
لانه اقل المقادير والفحص عن حال الاقران انهم ماتوا او لا غير ممكن او فيه حرج

الغير لانه كانه ميت ... البيت لا يملك مالا (فيرد ماوقف له الى من يرث مورثه عند موته) لانه المستحق لهذا المال الموقوف الى الآن وذلك لما تقرر في الاصول ان الاستصحاب وهو ظاهر الحال حجة دافعة لا مثبتة فالمفقود قبل المدة حي فلا يرثه الوارث الذي كان حيا وقت فقده ومات قبل الحكم بموته لان الظاهر انه كان حيا فيصلح حجة ادفع ان يرثه الغير وفي مال غيره ميت لان الظاهر لا يصلح للحجة لايجاب ارثه من الغير فيرد ماوقف للمفقود الى من يرث مورثه يوم موته (ليس للقاضي تزويج امة الغائب والمجنون وعبدهما وله ان يكاتبهما ويبيعهما) كذا في الفصول العمادية

كتاب اللقيط

وهو لغة ما يلقط اى يرفع من الارض فعيل بمعنى مفعول ثم غلب على الصبي المنبوذ باعتبار مآله لانه يلقط وشرعا مولود طرحه اهله خوفا من العيلة او فرارا من التهمة (ندب رفعه) ان لم يخف هلاكه بان وجد في الامصار لان فيه اظهار الشفقة على الاطفال وهو من افضل الاعمال (ووجب ان خيف هلاكه) بان وجد في مفازة ونحوها من المهالك كمن رأى اعمى يقع في البئر ونحوه يجب عليه حفظه عن الوقوع وهو فرض كفاية لحصول المقصود بالبعض (وهو حر الا بحجة رقه) لان الاصل في بني آدم الحرية لكونهم اولاد آدم وحواء ولان الاصل في دار الاسلام ايضا الحرية ثم انه حر في جميع الاحكام حتى ان قاذفه يحد لا قاذف امه لوجود ولد منها لا يعرف له اب (ونفقته وجنايته في بيت المال وارثه له) لان الغرم بالغنم اتفاق الملتقط عليه تبرع لا يكون دينا عليه) اى اللقيط (وان امره) اى الملتقط (القاضي به) اى بالانفاق (في الاصح الا ان يقول على ان يكون دينا عليه) فحينئذ يكون دينا على اللقيط يرجع به الملتقط عليه لان للقاضي ولاية عليه وانما قال في الاصح لان مجرد امر القاضي بالانفاق عليه يكفي في الرجوع على اللقيط فيما ذكره الطحاوي كما اذا قضى دينا على شخص امره فانه يرجع عليه وفي الاصح لا يرجع الا اذا صرح بما ذكر لان مطلقه قد يكون للحث والترغيب فلا يرجع عليه بالاحتمال (فان ادعى الملتقط الانفاق كما ذكر) اى بقول القاضي على ان يكون دينا عليه (فكذبه) اى اللقيط الملتقط (لا يرجع الا ببينة) بخلاف الوصي اذا انفق على الصغير حيث يصدق في الانفاق المتعارف ولا يحتاج الى بينة (ابى الملتقط ان ينفق عليه وسأل القاضي ان يأخذه منه فانه) اى القاضي (لا يقبله) اى اللقيط (الا ببينه على كونه لقيطا) لانه متهم لاحتمال ان يكون ولده او بعض من تلزمه نفقته واحتال بهذه الحيلة ليدفع النفقة عن نفسه واذا اقامها قبلها القاضي بلا خصم حاضر (وبعدها) اى بعد البينة (الاولى قبوله ان علم عجزه) اى عجز الملتقط (فان) اى بعدما قبله ان (وضعه) اى القاضي (عند آخر فطلبه الاول فهو) اى القاضي (مخير) بين الدفع وعدمه (ولا يؤخذ من آخذه) لسبقه في الاخذ (وان دفعه) اى آخذه (الى آخر ليس له الاخذ منه) لاسقاط حقه (ونسبه يثبت (ممن ادعاه واو) كان المدعي (رجلين) فيكون ولدا لهما كما في الجارية المشتركة (او) يثبت (ممن يصف

كتاب اللقيط

(قوله بان يوجد في الامصار) المراد وجدانه في موضع لا يخاف عليه الهلاك سواء كان مصرا او قرية (قوله وهو فرض كفاية لحصول المقصود بالبعض) اقول ظاهر انه اذا لم يوجد غيره يكون فرض عين عليه (قوله ونسبه يثبت ممن ادعاه) يعني اذا لم يدعه الملتقط استحسانا ويكون احق بحفظه من الملتقط على الاصح وقيل يصح في حق النسب دون ابطال اليد للملتقط وان ادعاه الملتقط فدعوة الملتقط اولى وان كان ذميا والآخر مسلما كذا قال الزيلعي ثم قال والمسلم احق من الذمي عند التنازع لانه انفع له اذا كان حرا او كان عبدا فالذمي اولى لان الترجيح بالاسلام يكون عند الاستواء ولا استواء وكذا العبد لا يترجح بالسيد اه (قوله او كان المدعي رجلين) اقول بان ادعياه معا كما في البرهان وقال الزيلعي وذلك عند عدم المرجح لاحدهما من يد او بينة او ذكر علامة اه اقول او حرية او اسلام ولو سبقت دعوة احدهما فهو ابنه لعدم النزاع ولو ادعى الآخر بعده الا ببينة

منهما) اى الرجلين المدعيين (علامة به) فانه يكون ولدا للاواصف دون الآخر (او ذات زوج) عطف على رجلين اى ولو كان المدعى امرأة ذات زوج فانه يكون ولدا لها (ان صدقها) اى الزوج (او برهنت) هى على انه ولدها (او) كان المدعى (امرأتين فبرهنت كل) على انه ولدها فانه يكون ولدا لهما (او عبدا) اى ولو كان المدعى عبدا يثبت نسبه منه (فيكون حرا) لان الاصل فى دار الاسلام الحرية (او ذميا يثبت نسبه منه فيكون مسلما ان لم يكن فى مقرهم) اى مقر الذميين بل فى مصر من امصار المسلمين اوقرية من قراهم او موضع فيه كفار ومسلون (وذميا ان كان فيه) اى مقر الذميين بان وجد فى قرية من قرى اهل الذمة او بيعة او كنيسة (ماشد عليه) من المال (او على دابة هو عليها له) اى للقيط اعتبارا للظاهر (صرفه) اى الملتقط ذلك المال (اليه) اى اللقيط (بامر القاضى) لانه مال ضائع وللقاضى ولاية صرف مثله اليه (وقيل بدونه) لانه للقيط ظاهرا وله ولاية الانفاق عليه (للملتقط قبض هبته) اى ما وهب للقيط (لانه نفع محض (ونقله حيث شاء) ذكره قاضيخان (وتسليمه فى حرفة) لانه من تأديبه وحفظ حاله (لا انكاحه) لانتفاء سبب الولاية من القرابة والملك والحكومة (ولا تصرف فى ماله) كالام فان ولاية التصرف لتثمير المال وهو يحصل بالرأى الكامل والشفقة الوافرة والموجود فى كل منهما احدهما (و) لا (اجارته) لانه لا يملك اتلاف منافعه فاشبه العم بخلاف الام فانها تملكها كاذكر فى كتاب الكراهية (فى الاصح) احتراز عما قيل يجوز اجارته لانه يرجع الى تأديبه ولاول رواية الجامع الصغير (ولا يختنه فان فعل وهلك به ضمن) كذا فى الخانية

كتاب اللقطة

وهى اسم اللقيط فى المعنى لكن غلب استعمال اللقيط فى الآدمى واللقطة فى غيره (ندب رفعها لصاحبها) لانه ان تركها ربما تصل اليها يد خائنة فتكتمها عن مالكها فيضيع ماله فكان رفعها وسيلة الى ايصال الحق الى المستحق ولهذا قالوا يجب اذا خاف الضياع كامر (فان اشهد عليه) بانه أخذها ليردها على صاحبها (وعرف) فى مكان وجدت فيه وفى الجامع بان ينادى انى وجدت لقطة لا ادرى مالكها فليأت مالكها وليصفها لاردها عليه (الى ان علم ان صاحبها لا يطلبها او انها تفسد) ان بقيت بعد هذا كالاطعمة المعدة للاكل وبعض الثمار (كانت امانة) عنده حتى اذا هلكت بلا تعد لم يضمن (قلت او كثرت واخذت من الحل او الحرم) وعند الشافعى يجب تعريف لقطة الحرم الى ان يجئ صاحبها (فينتفع) اى الرافع (بها) اى باللقطة (او فقيرا والا تصدق بها) على فقير (واو على اصله) من الآباء والامهات الفقراء (وفرعه) من الاولاد واولادهم الفقراء (وعرسه) الفقيرة (فان جاء صاحبها اجازه) اى التصدق (وله اجره) اى الثواب (او اخذها من الفقير لو كانت قائمة والا ضمن) صاحبها (الآخذ او الفقير بلا رجوع بينهما) يعنى ان ضمن

فيه ففى كتاب اللقيط العبرة للمكان وفى رواية ابن سماعة عن محمد العبرة للواجد وفى رواية ايهما كان موجبا الاسلامه فهو المعتبر وفى رواية بحكم زيه اه وفى البرهان فان وجده مسلم فى مواضع المسلمين كان مسلما وان ادعاه ذمى ويثبت نسبه منه لاحتياجه للنسب او وجده ذمى فى مواضع اهل الذمة كان ذميا رواية واحدة او وجده مسلم فى موضع اهل الذمة اوبالعكس فاعتبار المكان او اعتبار الواحد او الاسلام او الزى روايات عن ابى حنيفة اسلمها الاسلام وقد بسط الكلام عليه فى المبسوط اه

كتاب اللقطة

(قوله ندب رفعها) هذا اذا كان لا يخاف على نفسه الطمع فيها بان يثق من نفسه الامانة والا فالترك افضل صيانة لنفسه من الوقوع فى الحرم (قوله وعرف الى ان علم ان صاحبها لا يطلبها) هو الصحيح وقيل يعرف المائتين فما فوقهما حولا والعشرة فما فوقها شهرا وما دونها الى ثلاثة دراهم ايام اعشرة او شهرا او يعرف الثلاثة الى الدرهم جمعة او ثلاثا والدرهم يوما والفلس بالنظر يمنة ويسرة ثم يضعه فى كف فقير او يعرفها حولا مطلقا والصحيح الاول لان النبى صلى الله عليه وسلم قد زاد على السنة ونقص منها كما فى البرهان واستدل لذلك بما ذكره من الصحيحين وغيرهما (قوله واخذت من الحل او الحرم الخ) يعنى انه ينتفع بها او يتصدق بها بعد التعريف واو اخذت من الحرم وعند الشافعى لا ينتفع ولا يتصدق بها وانما يعرف ابدا الى ان يجئ صاحبها (قوله فينتفع بها او فقيرا) اى اذا اذن القاضى عند الاكثر وقيل بدونه كما فى البرهان (الآخذ)

(قوله وان تصادقا على اخذها لم يضمن) اقول وكذا لم يضمن لو اعاد اللقطة الى موضعها الذى وجدها فيه بعد ما اخذها ليعرف ويرئ من ضمانها لو هلكت او استهلكها رجل قبل ان يصل اليها صاحبها فى ظاهر الرواية والضمان على مستهلكها وقيل انما يبرأ اذا ردها قبل تحوله من موضعها كما فى البرهان (قوله وبه اى باذنه) يعنى القاضى دين على صاحبها اقول وبمجرد اذنه لا يكون دينا فى الاصح فلا بد من ان يشترط ويجعله دينا عليه كما فى اللقيط ولا يأمره بالانفاق حتى يقيم البينة انها لقطة عنده فى الصحيح لانه يحتمل ان يكون غصبا فى يده فيحتال لايجاب النفقة على صاحبها وهو لا يجب عليه فى المغصوب وهذه البينة ليست للقضاء وانما هى لينكشف الحال فتقبل مع غيبة صاحبها كما فى التبيين (قوله وانفق عليها منه يومين او ثلاثة الخ) اقول التقييد بهذه المدة ينبغى ان يكون فيما اذا لم يكن لها نفع ابقى دينا يسيرا على المالك لا يستأصل اللقطة اما لو كان فينفق عليها من غلتها احياء للدابة ونظرا للمالك حيث لا يلزمه دين وان طالت المدة اه لما قال فى البرهان وان كان للبهيمة نفع آجرها القاضى وانفق عليها من غلتها اى امر الملتقط بذلك احياء للدابة ونظرا للمالك حيث لا يلزمه دين وكذا يفعل بالآبق وان لم يكن لها نفع اذن بالانفاق عليها لو رآه مصلحة بان كانت اللقطة نفيسة والمدة قريبة كيومين او ثلاثة وان لم يره مصلحة او امر به ولم يظهر امر ببيعها وحفظ ثمنها اه (قوله قال فى الهداية الخ) قال العلامة المقدسى رحمه الله اقول يمكن التوفيق بحمل ما فى الهداية والكافى على ما اذا كان المستأجر ذا قوة ومنعة لا يخاف عليه عنده وما فى غيرهما على خلافه او يحمل كلامهما على الايجار مع اعلام المؤجر بحاله ليحفظ غاية الحفظ وما فى غيرهما على الايجار مع جهله بحاله اه (قوله فان هلكت بعد حبسه سقطت لانه فى معنى الرهن) هكذا ذكر فى الهداية وتبعه جماعة ممن صنف وليس بمذهب لاحد من علمائنا الثلاثة وانما هو على قول زفر ولا يساعده الوجه قال القدورى فى التقريب اصحابنا لو انفق على اللقطة بأمر القاضى وحبسها بالنفقة فهلكت لم تسقط النفقة خلافا لزفر لانها دين غير بدل عن العين ولا عن عمل منه فيها ولا تناولها عقد يوجب الضمان وبهذا القيد الاخير خرج الجواب عن قياس زفر على المرتهن وهو الوجه المذكور هنا وفى الهداية والله اعلم وقال فى الينابيع ولو انفق الملتقط على اللقطة بامر الحاكم وحبسها ليأخذ ما انفق عليها فهلكت لم تسقط النفقة عند علمائنا خلافا لزفر اه من خط الشيخ قاسم كذا بخط الشيخ على المقدسى وكتب بعده اقول ان خرج الجواب بما ذكر عن قياسه بالرهن لا يخرج الجواب عن قياسه بجعل الآبق وقد ذكره فى الهداية ونص انه اليه اقرب ويمكن ان يكون عن علمائنا فيه رواية او اختار قول زفر صاحب الهداية فتأمله ع اه (قوله بين مدعيها علامتها حل الدفع) قال فى البرهان وان صدقه قيل بالجبر على الدفع وعدمه اى عدم الجبر ولو دفعها بعلامة او تصديق ثم استحقت بالبينة ضمن الملتقط ورجع بما ضمن على المدفوع اليه فى الصحيح

الآخذ لا يرجع على الفقير وان ضمن الفقير لا يرجع على الآخذ (وان لم يشهد) عطف على قوله فان اشهد (فان اقر) اى الملتقط (باخذها له) نفسه (ضمن وفاقا) ان هلكت فى يده لانه متعد (وان تصادقا) اى الملتقط والصاحب (على اخذها لصاحبها لم يضمن وفاقا) لان تصادقهما حجة فى حقهما وصار كالبينة (وان اختلفا) بان قال الملتقط اخذتها لك وقال صاحبها اخذتها لك (ضمن) عند ابى حنيفة ومحمد (الا عند ابى يوسف) بل القول له فى انه اخذه للرد (وان لم يجد من يشهده او وجد لكنه ترك خوفه من اخذ الظالم اياها قالوا لم يضمن) ذكره الزيلعى (كذا البهيمة) فى الاحكام المذكورة (وما انفق) الملتقط (عليها) اى البهيمة (بلا اذن القاضى تبرع وبه) اى باذنه (دين على صاحبها) فاذا حضر يأخذه منه الملتقط بحكم القاضى (وآجر القاضى ماله نفع) اى ينتفع به بالاجارة كالفرس والبغل والحمار والثور (وانفق عليها منه) يومين او ثلاثة بقدر ما يقع عنده ان المالك لو كان حيا لحضر لان فيه ابقاء العين على ملكه بلا الزام الدين عليه قال فى الهداية والكافى فى هذا المقام وكذلك يفعل بالآبق ولم اجده فى غيرهما بل وجدت فى المحيط والبدائع والخلاصة خلافه حيث قالوا لا تجوز اجارة الآبق لاحتمال ان يأبق ولهذا تركته (وما لا نفع له) من البهائم كالشاة ونحوها (اذن القاضى بالانفاق عليها وشرط الرجوع على صاحبها) لما مر انه الاصح (ان كان) الانفاق (هو الاصلح والا امر) ابتداء (ببيعها وحفظ ثمنها) لان النفقة الدائرة مستأصلة (وللمنفق حبسها) اى منع البهيمة عن صاحبها (لاخذ نفقتها) لان ابقاءها الى الآن كان بنفقته فصار كأنه استفاد الملك منه (فان هلكت بعد حبسه سقطت) لانه فى معنى الرهن فيهلك بما حبسه به (وقبله لا) اذ لا تعلق له به وانما يأخذ حكم الرهن عند اختيار الحبس (بين مدعيها علامتها حل الدفع) لقوله صلى الله عليه وسلم فان جاء صاحبها وعرف عفاصها وعددها فادفعها وهذا الامر للاباحة

لان وجوب الدفع انما هو بالبينة عملا بالمشهور وهو قوله صلى الله عليه وسلم البينة للمدعى واليمين على من انكر (ولا يجب بلا حجة) لما ذكرنا وعند الشافعى يجب ببيان العلامة (رجل مات بالبادية جاز لرفيقه بيع متاعه ومركبه وحمل ثمنه الى اهله) كذا فى الفصول العمادية (حطب وجد فى الماء ان كان له قيمة فلقطة) يراعى فيه حكمها (والا فحلال لمن اخذ) كسائر المباحات الاصلية

كتاب الوقف

(هو) لغة بمعنى الحبس فان وقف الذى مصدره الوقف متعدد معناه ما ذكر ووقف الذى مصدره الوقوف لازم شرعا (حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنافع) بمنزلة العارية (خلافا لهما) فانه عندهما حبس العين على حكم ملك الله تعالى فيزول ملك الواقف عنه الى الله تعالى على وجه يعود نفعه الى العبد فيلزم ولا يباع ولا يورث لهما ان عمر رضى الله تعالى عنه قال يا رسول الله انى استفدت مالا وهو عندى نفيس افا تصدق به فقال صلى الله عليه وسلم تصدق بأصلها لا يباع ولا يوهب ولا يورث ولكن لتنفق ثمرته فقد نص على انه لازم وله قوله عليه الصلاة والسلام لا حبس عن فرائض الله اى لا مال يحبس بعد موت المالك عن القسمة بين ورثته فمن قال بانه لا يبقى على ملكه يلزمه القول بالحبس عن فرائض الله تعالى (وقيل الفتوى على قولهما) كذا فى الكافى وفرع على قوله والتصدق بالمنافع بقوله (فلم يصح فى رواية) يعنى اذا تضمن الوقف التصدق بالمنافع لم يجز لان المنفعة معدومة والتصدق بالمعدوم لا يجوز (وصح فى الاصح) يعنى ان الاصح انه صحيح اجماعا لان التصدق بالمنافع جائز عندهما ايضا كما جاز الوصية بخدمة عبد وسكنى داره وغلتهما لكنه غير لازم عنده ولذا قال (ولم يلزم) لبقاء الملك كما فى العارية والمراد باللزوم ان لا يجوز للواقف ابطاله فى حياته ولوارثه بعده فلو وقف على الفقراء وبنى سقاية او خانا لابنى السبيل اورباطا او جعل ارضه مقبرة لا يزول ملك الواقف وفرع على عدم اللزوم بقوله (فصح تمليكه) فى حياته (وارثه) اى كونه موروثا بعد موته (والرجوع عنه ولو فى مرض موته الا بالقضاء) استثناء من قوله لم يلزم اى لا يكون الوقف لازما الا بأحد امور اربعة ذكر الاول بقوله بالقضاء (من) قاض يرى ذلك (مولى) من قبل السلطان غير محكم بان كان قاضيا بتحكيم الخصمين اياه فانه ان حكم لم ينفذ حتى جاز للمولى ان ينقضه كما تقرر فى موضعه وطريق القضاء ان يسلم الواقف ما وقف الى المتولى ثم يرجع بحكم انه غير لازم فاذا ترافعا الى الحاكم وحكم بانقطاع ملكه عن الوقف لزم بالاجماع لانه فصل مجتهد فيه فاذا لحقه حكم المولى لزم كسائر الاحكام الصادرة عن الحكام وما ذكر فى صك الوقف ان قاضيا من القضاة قضى بلزوم هذا الوقف وبطلان حق الرجوع ليس بشئ فى الصحيح كذا فى الكافى والخانية وذكر الثانى بقوله (او بالموت اذا علق به) بان قال اذا مت فقد وقفت دارى على كذا ثم مات صح ولزم ان خرج من الثلث لان الوصية بالمعدوم جائزة كالوصية بالمنافع كما مر ويكون ملك الميت فيه باقيا حكما

(قوله حطب وجد فى الماء الخ) اقول ويحل اخذ التفاح والكمثرى من الانهار وكذا ما يبقى من الثمار الواقعة تحت الاشجار فى غير الامصار على المختار كأخذ النوى وقشور الرمان المنبوذ لا المجموع وكأخذ السنابل بعد رفع الزرع (فرع مهم) اخذ مكعبه ووجد غيره فى مكانه لا يملكه ويصير كاللقطة فى الحكم

كتاب الوقف

(قوله هو حبس العين على ملك الواقف يعنى على حكم ملك الواقف (قوله فلم يصح فى رواية) قال فى البرهان وذكر فى الاصل كان ابو حنيفة لا يجيز الوقف فأخذ الناس بظاهر هذا اللفظ وقالوا لا يجوز الوقف عنده فلذا مراده ان لا يجعله لازما فاما اصل الجواز فثابت عنده اه وذكر وجهه (قوله او بالموت اذا علق به) قال فى البرهان او اضيف اليه (قوله اى لا يكون الوقف لازما الا باحد امور اربعة) يعنى لزوما حاليا او مآليا لما سنذكر

(عنه)

فيتصدق منه دائما وان لم يخرج منه جاز بقدر الثلث وبقى الباقى الى ان يظهر له مال آخر او يجيز الورثة وان لم يظهر ولم يجيزوا قسم الغلة بينهما اثلاثا ثلثها للوقف والثلثان للورثة (فى قوله او بالموت اذا علق به) اشارة الى ان مجرد التعليق بالموت لا يفيد زوال الملك بل لا بد من الموت بعد التعليق ليفيده وذكر الثالث بقوله (او بقوله وقفتها فى حياتى وبعد مماتى مؤبدا) فانه جائز عندهم لكن عند ابى حنيفة ما دام حيا كان هذا نذرا بالتصدق بالغلة فكان عليه الوفاء بالنذر وله ان يرجع عنه ولو لم يرجع حتى مات جاز من الثلث ويكون سبيله سبيل من اوصى بخدمة عبده لانسان فان الخدمة تكون للموصى له والرقبة على ملك المالك حتى اذا مات الموصى له بالخدمة يصير العبد ميراثا لورثة المالك الا ان فى الوقف لا يتصور انقطاع الموصى لهم فتتأبد هذه الوصية وذكر الرابع بقوله (او ببنا مسجد وافرازه بطريقه) شرط الافراز لان المسجد لا بد ان يكون خالصا لله تعالى لقوله تعالى وان المساجد لله اى مختصة به تعالى فلا يخلص له تعالى الا به (والاذن للناس بالصلاة فيه وصلاة جماعة وقيل) لا حاجة الى صلاة جماعة (بل يكفى واحد) اذا صلى فيه شرط الاذن لهم بالصلاة لان التسليم شرط لصيرورته مسجدا عندهما خلافا لابى يوسف ويشترط فى كل نوع تسليم يليق به وهو فى المسجد بالصلاة فيه وهذا الوجه والوجه الاول مع افادتهما اللزوم بالنظر الى الواقف وورثته يفيدان خروج الوقف عن ملك الواقف والوجه الثانى يفيد بموت الواقف لزوم الوقف بالنظر اليه وخروجه عن ملكه ايضا ولزومه بالنظر الى الوارث ان خرج من الثلث والوجه الثالث لا يفيد خروجه عن ملكه ما دام حيا ولا لزومه بالنظر اليه لجواز رجوعه بل بالنظر الى الوارث ان خرج من الثلث ثم انهما بعدما خالفا الامام فى عدم زوال ملك الواقف وعدم لزومه اختلفا فيما يتم به الوقف فذكره بقوله (ولم يتم) عطفا على قوله لم يلزم يعنى بعدما لزم باحد الامور المذكورة لم يتم (الا بذكر مصرف مؤبد عند محمد) لانه تصدق بالمنفعة او الغلة وذا قد يكون مؤقتا وقد يكون مؤبدا فمطلقه لا يدل على التأبيد فلا بد من التنصيص (فلو وقف على اولاده) مثلا بان قال وقفته على اولادى ولم يزد عليه (وانقرضوا) اى الاولاد (عاد) الوقف الى المالك (عنده) لكونه منقطع الآخر (ولو وقت) بان قال وقفته الى عشر سنين مثلا (بطل) اتفاقا لانه كالتوقيت فى البيع (وعند ابى يوسف يتم بدونه) اى بدون ذكر التأبيد لان المقصود التقرب الى الله تعالى وهو تارة يكون بالصرف الى جهة يتوهم انقطاعها واخرى بالصرف الى جهة لا يتوهم ذلك فيصح فى الفصلين تحصيلا لمقصود الواقف (واذا انقطع) الموقوف عليه كالاولاد مثلا (صرف) الوقف (عنده) (الى الفقراء) فالصحيح ان التأبيد شرط اتفاقا لكن ذكره ليس بشرط عند ابى يوسف لان قوله وقفت او تصدقت يقتضى الازالة الى الله تعالى وهو يقتضى التأبيد فلا حاجة الى ذكره كالاعتاق كما سيأتى وعند محمد يشترط ذكره لما مر (وهو) اى الوقف (عنده) اى عند ابى يوسف (اسقاط) اى شرع لاسقاط ملك الواقف عن العين (كالاعتاق فانه اسقاط لحق المولى

(قوله والوجه الثالث الخ) اقول هو والوجه الثانى سواء من حيث انهما يفيد ان الخروج واللزوم بموت الواقف بخلاف الاول والرابع اذ لا يتوقف فيهما على الموت ويفيد انهما وان كان الواقف حيا (قوله يعنى بعدما لزم بأحد الامور المذكورة) يعنى عند ابى حنيفة (قوله ولم يتم الا بذكر مصرف مؤبد عند محمد) اقول فيه تأمل لان ظاهره شامل لوقف المسجد ولا مخالفة لمحمد فى لزومه على الصورة المتقدمة بل هو موافق للامام فى لزومه لما قال فى البرهان ويزيل ابو يوسف ملك البانى عما بناه مسجدا بقوله جعلته مسجدا وشرطا افرازه من ملكه وصلاة واحد فيه فى رواية او صلاة جماعة فيه باذنه فى اخرى اه (قوله فلو وقف على اولاده وانقرضوا عاد الوقف) اقول لا تختص هذه الصورة بمحمد لما سيأتى ان ابا يوسف فرق بين قوله ارضى موقوفة وبين قوله ارضى موقوفة على ولدى فان الاول يصح والثانى لا يصح (قوله ولو وقت بطل اتفاقا) اقول يرد عليه ما فى الخانية رجل وقف داره يوما او شهرا او وقتا معلوما ولم يزد على ذلك جاز الوقف ويكون وقفا ابدا (قوله وهو تارة يكون بالصرف الى جهة يتوهم انقطاعها واخرى بالصرف الى جهة لا يتوهم ذلك فيصح فى الفصلين) اقول يخالف هذا ما فى الخانية حيث قال فرق ابو يوسف بين قوله ارضى موقوفة وبين قوله ارضى موقوفة على ولدى فان الاول يصح والثانى لا يصح لان مطلق قوله موقوفة ينصرف الى الفقراء عرفا فاذا ذكر الولد صار مقيدا فلا يبقى العرف اه فليتأمل

(لا تمليك لله) لاستغنائه تعالى من ذلك لانه المالك للواقف والوقف (ولا لاحد) والا لجاز بيعه وسائر تصرفاته (فخرجه) اى ابو يوسف الوقف عن الملك (بنفس القول) بلا حاجة الى القضاء وغيره (ويجيز الشيوع) لان القسمة من تتمة القبض لانه للحيازة وتمامها فيما يقسم بالقسمة واصل القبض عنده ليس بشرط فكذا تتمته وقد عرفت ان الوقف عنده اسقاط الملك كالاعتاق والشيوع لا يمنع الاعتاق فلا يمنع الوقف ايضا (وبه يفتى مشايخ العراق وعند محمد صدقة) لقوله صلى الله عليه وسلم لعمر رضى الله تعالى عنه تصدق باصلها لا يباع ولا يوهب ولا يورث (فيشترط) اى محمد (التسليم) اى تسليم الواقف الوقف الى المتولى (والقبض) اى قبض المتولى الوقف كما فى الصدقة المنفذة دون الموصى بها فانها لا تزول عن ملك المتصدق بمجرد القول بل بتسليمه وقبض الفقير وذلك لان التمليك من الله تعالى لا يتحقق قصدا لما مر الا ان ما يثبت له تعالى من الحق فى الصدقة يثبت فى ضمن التسليم الى العبد فتنزل منزلة الصدقات والزكاة ولو تم قبل التسليم لصار بدء مستحقا عليه والتبرع لا يكون سببا للاستحقاق على المتبرع (ويمنع الشيوع فيما قبل القسمة) لان اصل القبض عنده شرط فكذا ما يتم به القبض وتمامه فيما يحتمل القسمة وفيما لا يحتملها يصح مع الشيوع حتى لو وقف نصف الحمام جاز (كالصدقة) المنفذة فانه اعتبر الوقف بها فانها لا تتم فى مشاع يقسم كما اذا قال تصدقت بنصف هذه الدراهم العشرة على هذا الفقير فانها لا تتم ما لم يقبضه ذلك الفقير وتتم فى مشاع لا يقسم كنصف الحمام (وبه يفتى مشايخ بخارى) قال فى مجمع الفتاوى ثم على قول محمد لو كانت الارض بين رجلين فتصدقا بها صدقة موقوفة على المساكين او على وجه من وجوه البر التى يجوز الوقف عليها ودفعها الى قيم يقوم عليها كان جائزا لان المانع من الجواز على قوله هو الشيوع وقت القبض لا وقت العقد وههنا لم يوجد الشيوع عند العقد لانهما تصدقا بالارض جملة ولا وقت القبض لانهما سلما الارض جملة ولو تصدق كل واحد منهما بنصف هذه الارض مشاعا صدقة موقوفة وجعل كل واحد منهما لوقفه متوليا على حدة لا يجوز لوجود الشيوع وقت العقد لان كل واحد منهما باشر عقدا على حدة وتمكن الشيوع وقت القبض ايضا لان كل واحد من المتولين قبض نصفا شائعا فان قال كل واحد منهما لمتوليه اقبض نصيبى مع نصيب صاحبى جاز ولو تصدق احدهما بنصف الارض صدقة موقوفة على المساكين ثم تصدق الآخر بنصفها كذلك وجعلا لذلك قيما واحدا جاز لانه ان وجد الشيوع وقت العقد لم يوجد وقت القبض لان المتولى قبض الارض جملة وهما سلما اليه جملة وكذا لو جعلا التولية الى رجلين معا لانهما صارا كمتول واحد وكذلك لو اختلفت جهة الوقف جاز وكذا لو كان الواقف واحدا فجعل نصف الارض وقفا على الفقراء مشاعا والنصف الآخر على امر آخر جاز وهذا كله على قول محمد اما على قول ابى يوسف يجوز الوقف فى كلها لان الوقف عنده يجوز غير مقبوض وغير مقسوم وبعض مشايخ زماننا افتوا بقول ابى يوسف وبه يفتى (واذا لزم) الوقف (وتم لا يملك) اى لا يكون مملوكا لصاحبه (ولا يملك) اى

(قوله وعند محمد صدقة فيشترط التسليم الى المتولى) اقول يعنى فى وقف غير المسجد وفى المسجد تسليمه بالصلاة فيه كما فى البرهان والتبيين (قوله وعند محمد صدقة فيشترط التسليم والقبض ويمنع الشيوع فيما قبل القسمة) اقول الفتوى على قول محمد لما فى الخانية امرأة وقفت دارها فى مرضها على ثلاث بنات لها وآخرها للفقراء وليس لها ملك غير الدار ولا وارث لها غيرهن قالوا الثلث الدار وقف والثلثان لهن يصنعن ما شئن وهذا قول ابى يوسف والفتوى على قول محمد اه (قوله قال فى مجمع الفتاوى الى قوله وغير مقسوم) اقول هكذا هو فى الخانية

لايقبل التمليك لغيره بالبيع ونحوه لاستحالة تمليك الخارج عن ملكه (ولا يعار ولا يرهن) لاقتضائهما الملك (ولا يقسم الاعندهما اذا كانت) اى القسمة (بين الوقف والمالك) اى اذا قضى قاض بجواز وقف المشاع ونفذ قضاؤه صار متفقا عليه كسائر المختلفات فان طلب بعضهم القسمة فعنده لايقسم ويتهايؤن وعندهما يقسم واجمعوا ان الكل لو كان موقوفا على الارباب فارادوا القسمة لايقسم كذا فى المحيط وهو معنى قوله (لا الموقوف عليهم) لان القسمة تميز وافراز لابيع وتمليك فتجوز وله انها بيع معنى لاشتمالها على الافراز والمبادلة وجهة المبادلة راجحة فى غير المثليات (ازال ابو يوسف المسجد) عن ملك الواقف (بقوله جعلته مسجدا) لان التسليم ليس بشرط عنده لانه اسقاط كالاعتاق (وشرطا الصلاة كامر) اعاد ذكر المسجد لانه ذكره اولا فى تعداد موجبات اللزوم وذكره ههنا لمخالفة احكامه سائر الاوقاف فى عدم اشتراط التسليم الى المتولى عند محمد ومنع الشيوع عند ابى يوسف وخروجه عن ملك الواقف عند ابى حنيفة وان لم يحكم به الحاكم (وان جعل تحته سردابا) وهو معرب سردابة وهو بيت يتخذ تحت الارض للتبرد (لصالحه جاز) كما فى بيت المقدس (ولو جعل لغيرها او) جعل (فوقه) اى فوق المسجد بيتا (وجعل باب المسجد الى الطريق وعزله عن ملكه فلا) اى لايكون مسجدا وله بيعه ويورث عنه اذا مات لان المسجد يجب خلوصه لله تعالى ولم يخلص هنا لبقاء حق العبد متعلقا باسفله اوباعلاه فلا تثبت احكامه وعن ابى يوسف انه جوز الوجهين حين قدم بغداد لضرورة ضيق المنازل وعن محمد انه حين دخل الرى اجاز ذلك كله للضرورة (كما لو جعل وسط داره مسجدا واذن للصلاة فيه) حيث لايكون مسجدا وله بيعه ويورث عنه لان ملكه محيط بجوانبه فكان له حق المنع والمسجد لايكون لاحد فيه حق المنع قال الله تعالى ومن اظلم ممن منع مساجد الله ان يذكر فيها اسمه (ولو خرب ماحوله واستغنى عنه يبقى مسجدا عند ابى حنيفة وابى يوسف) ولا يعود الى ملك بانيه ان كان حيا والى ملك وارثه ان كان ميتا (وعاد الى الملك عند محمد) لانه عينه لقربة معينة فاذا انقطعت عاد الى ملكه كالمحصر فى الحج اذا بعث بالهدى ثم زال الاحصار وادرك الحج كان له ان يصنع بهديه ماشاء ولهما ان القربة التى قصدها لم تزل بخراب ماحوله اذ الناس فى المساجد سواء فيصلى فيه المسافرون والمارة وهدى الاحصار لم يزل عن ملكه قبل الذبح (ومثله حصير المسجد وحشيشه اذا استغنى عنهما) حيث لايدخلان فى الملك عندهما خلافا لمحمد (والرباط والبئر اذا لم ينتفع بهما) فانهما ايضا على هذا الخلاف (فيصرف وقف المسجد والرباط والبئر الى اقرب مسجد اورباط اوبئر

(قوله او جعل فوقه بيتا فلا) اقول ظاهره انه لافرق بين ان يكون البيت للمسجد اولا الا انه يؤخذ من التعليل ان محل عدم كونه مسجدا فيما اذا لم يكن وقفا على مصالح المسجد وبه صرح فى الاسعاف فقال اذا كان السرداب او العلو لمصالح المسجد او كانا وقفا عليه صار مسجدا (قوله كما لو جعل وسط داره مسجدا واذن بالصلاة فيه حيث لايكون مسجدا) اقول لعل هذا خاص بما ذكر بخلاف مالو كان فى خان لما قال فى فتاوى قاضيخان من كتاب الشفعة رجل له خان فيه مسجد افرزه صاحب الخان واذن للناس بالتأذين والصلاة بالجماعة فيه فقطوا حتى صار مسجدا ثم باع صاحب الخان كل حجرة فى الخان من رجل حتى صار دربا ثم بيع منه حجرة قال محمد الشفعة لهم لاشتراكهم فى طريق الخان وقد كان الطريق مملوكا اه فهذا يقتضى صحة المسجد فى داخل الخان والمسئلة واقعة الحال كما فى مساجد خانات مصر (قوله لان ملكه محيط بجوانبه) قال ابن الهمام وعن كل من ابى حنيفة ومحمد انه يصير مسجدا الا انه لما رضى بجعل وسط داره مسجدا ولن يصير مسجدا الا بالطريق دخل فيه الطريق بلا ذكر كالاجارة (قوله ولو خرب ماحوله واستغنى عنه يبقى مسجدا عند ابى حنيفة وابى يوسف) هو المفتى به قال فى الحاوى القدسى قال ابو يوسف هو مسجد ابدا الى قيام الساعة لايعود ميراثا ولا يجوز نقله ونقل ماله الى مسجد آخر سواء كانوا يصلون فيه او لا وهو الفتوى اه وفى خزانة المفتين هو مسجد ابدا وهو الاصح فلو بنى اهل المحلة مسجدا آخر فاجتمعوا على بيع الاول ليصرفوا ثمنه الى الثانى فالاصح انه ليس لهم ذلك (قوله ومثله حصير المسجد وحشيشه اذا استغنى عنهما حيث لايدخلان فى الملك عندهما) اقول فيباع ويصرف ثمنه الى حوائج المسلمين فان استغنى عنه هذا المسجد يحول الى مسجد آخر عند ابى يوسف كما فى الخانية وفى البرهان ينقل الحصر والحشيش الى مسجد آخر على الصحيح من مذهب ابى يوسف اويبيعها القيم لاجل المسجد اه (قوله خلافا لمحمد)قال فى الخانية والفتوى على قول محمد رحمه الله اه (قوله فيصرف وقف المسجد الخ) علمت ماذكره فى الحاوى القدسى من الفتوى بخلاف هذا وفى يتيمة الدهر سئل على بن احمد عن مسجد خرب ومات اهله ومحلة اخرى فيها مسجد هل لاهلها ان يصرفوا وجه المسجد الخراب الى هذا المسجد قال لا اه

اليه) تفريع على قولهما (اذا اتحد الواقف والجهة) بان بنى رجل مسجدين وعين لمصالح كل منهما وقفا (وقل مرسوم بعض الموقوف عليه) بان انتقص مرسوم امام احد المسجدين او مؤذنه مثلا بسبب كون وقفه خرابا (جاز للحاكم ان يصرف من فاضل) الوقف (الآخر اليه) لانهما حينئذ كشئ واحد (وان اختلف احدهما) بان بنى رجلان مسجدين او رجل مسجدا ومدرسة ووقفوا لهما اوقافا (فلا) اى لا يجوز للحاكم ان يصرف من فاضل وقف احدهما الى الآخر كذا في البزازية (وقف ضيعة على الفقراء وسلمها الى المتولى ثم قال لوصيه اعط من غلتها فلانا كذا وفلانا كذا او افعل ما رأيت من الصواب فجعله لهم بالمال) لان الوقف بعد التسجيل خرج عن ملكه فلا يقدر وصيه على التصرف فيه (الا اذا كان شرط في الوقف) قبل التسجيل (ان يصرف) اى الواقف (غلتها الى من شاء) كذا في الخانية (جاز جعل شئ من الطريق مسجدا وعكسه) كذا في كتاب الكراهية من الخلاصة وفي الفصل العاشر من العمادية (و) جاز ايضا (جعل الطريق مسجدا لا عكسه) اذ تجوز الصلاة في الطريق لا المرور في المسجد كذا في العمادية (وجاز) ايضا (اخذ ارض بجنب المسجد اذا ضاق على الناس بالقيمة كرها) كذا في مجمع الفتاوى (و) جاز ايضا (جعل) الواقف (الولاية لنفسه) لان المتولى يستفيد الولاية منه فيكون له ولاية ضرورة لكنه بعد ذلك ان كان غير مأمون على الوقف فللقاضي ان ينزعه من يده نظرا للفقراء وكذا لو شرط ان لا يخرجه سلطان او قاض من يده ويولى غيره لانه شرط مخالف لحكم الشرع (واجاز ابو يوسف جعل غلة الوقف لنفسه) يعنى اذا وقف وشرط الكل او البعض لنفسه ما دام حيا وبعده للفقراء بطل الوقف عند محمد وهلال لفوات معنى القربة بازالة الملك الى الله تعالى وقال ابو يوسف يصح اعتبارا للابتداء بالانتهاء فانه يجوز على جهة تنقطع فيعود الى ملك المالك ومشايخ بلخ اخذوا بقول ابى يوسف وعليه الفتوى ترغيبا للناس في الوقف كذا في الخانية وغيرها (واجاز) ايضا (شرط) الواقف (ان يستبدل به او يبيعه ويشترى بثمنه ارضا اخرى اذا شاء فاذا فعل صارت الثانية كالاولى في شرائطها بلا ذكرها ثم لا يستبدلها بثالثة) لانه حكم ثبت بالشرط والشرط وجد في الاولى لا الثانية (واما بدون الشرط فلا يملكه) اى الاستبدال (الا القاضى) كذا في الخانية (صح وقف العقار ببقره واكرته) وهم عبيده (وسائر آلات الحراثة) تبعا للعقار (لا المنقول) لانه لا يتأبد (وعن محمد صحته في المتعارف وقفيته كالفأس والمر والقدوم والمنشار والجنازة وثيابها والقدور والمراجل اذا وقف مصحفا على اهل مسجد لقراءة القرآن ان كانوا يحصون جاز وان وقف على المسجد جاز ويقرأ فيه

(قوله جاز جعل شئ من الطريق مسجدا) قيده الزيلعى بقوله وكان ذلك لا يضر باصحاب الطريق وكذا في فتح القدير اه وظاهره ان يبقى له حكم المسجد وقد قال في جامع الفصولين المسجد الذي يتخذ من جانب الطريق لا يكون له حكم المسجد بل هو طريق بدليل انه لو رفع حوائطه عاد طريقا كما كان قبله اه (قوله او عكسه) يعنى يجوز جعل شئ من المسجد طريقا قال الزيلعى وجاز لكل احد ان يمر فيه حتى الكافر الا الجنب والحائض والنفساء لما عرف في موضعه وليس لهم ان يدخلوا فيه الدواب اه (قوله وجاز ايضا جعل الطريق مسجدا الخ) فيه نوع استدراك بما تقدم الا ان يقال ذاك في اتخاذ بعض الطريق مسجدا وهذا في اتخاذ جميعا ولا بد من تقييده بما اذا لم يضر كما تقدم ولا شك ان الضرر ظاهر في اتخاذ جميع الطريق مسجدا لابطال حق العامة في المرور المعتاد بدوابهم وغيرها فلا يقال به الا بالتأويل بان يراد بعض الطريق لا كله فليتأمل (قوله لا عكسه) يعنى لا يجوز ان يتخذ المسجد طريقا وفيه نوع مدافعة لما تقدم الا بالنظر للبعض والكل ونقل المسئلة في فتح القدير وقال ولهم جعل الرحبة مسجدا وقلبه كذا في الخلاصة الا ان قوله وعلى القلب يقتضى جعل المسجد رحبة وفيه نظر اه فكيف يجعل طريقا وفيه تسقط حرمة المسجد فليتأمل (قوله فلا يملكه الا القاضى) يعنى به العالم العامل ان رآه مصلحة كما في البرهان (قوله صح وقف العقار ببقره واكرته الخ) هذا قول ابى يوسف ومحمد (قوله وعن محمد صحته في المتعارف) قال في البرهان وزاد محمد ما تعورف وقفه كالمصاحف والكتب والقدور والقدوم والفأس والمنشار والجنازة وثيابها وما يحتاج اليه من الاوانى (ولا) في غسل الموتى وعليه عامة المشايخ منهم شمس الائمة السرخسى كما يجوز اتفاقا في السلاح والكراع وبه يفتى

(قوله وعن الانصارى وكان من اصحاب زفر الخ) اقول ظاهره ان هذا قول الانصارى وفى الخانية نقله عن زفر حيث قال وعن زفر
(قوله فعلى هذا الكر من الحنطة) اقول ان كان المراد انه يدفع ثمنه مضاربة فلا حاجة الى ذكره بعد قوله ومايكال الخ

ولايكون مقصورا عليه واماوقف الكتب فكان محمد بن سلمة لايجيزه ونصير بن يحيى يجيزه ووقف كتبه والفقيه ابو جعفر يجيزه وبه نأخذ كذافى الخلاصة وعن الانصارى وكان من اصحاب زفر فيمن وقف الدراهم اوالطعام اومايكال اومايوزن اويجوز ذلك قال نعم قيل وكيف قال يدفع الدراهم مضاربة ثم يتصدق بفضلها فى الوجه الذى وقف عليه ومايكال ومايوزن يباع فيدفع ثمنه مضاربة اوبضاعة كالدراهم فعلى هذا الكر من الحنطة كذافى الخلاصة (بنى على ارضه فوقفه) اى البناء (بدونها) اى الارض (لم يجز) لان الاصل فيه العقار لانه يتأبد والحق به ماثبت فيه وماوردفيه الآثار ومافيه التعامل فبقى الباقى على اصل القياس (وقيل جاز) فى الكافى ولو وقف البناء قصدا لم يجز فى الصحيح وفى القاعدية عن ابى حنيفة انه اجاز وقف المقبرة والطريق كما اجاز المسجد وكذا القنطرة يتخذها رجل للمسلمين ويتطرقون فيها ولايكون بناؤهاميراثا لورثته ثم قال وهذه المسئلة دليل على جواز وقف البناء بدون الاصل وذكر فى الاصل ان وقف البناء بدون اصل الدار لايجوز (ولو) بنى (على ارض موقوفة لجهة فوقفه) اى البناء (لها) اى لتلك الجهة (جاز الاجماع لاتحاد الجهة (ولو) وقفه (لغيرها اختلف فيه) قيل جاز وقيل لم يجز ثم الوقف اذا احتاج الى العمارة (تجب عمارته) سواء (شرط) الواقف العمارة (اولا) فانها ان لم تكن مشروطة نصا فهى مشروطة اقتضاء لان مقصود الواقف ادراك الغلة مؤبدا على المصارف وهذا انما يحصل باصلاحها وعمارتها فيثبت شرط العمارة اقتضاء والثابت كالثابت نصا (على الموقوف عليه) متعلق بيجب اى يجب على الموقوف عليه عمارته بمال نفسه ولايؤخذ من الغلة شئ (لو) كان (معينا) بأن وقف دارا على سكنى اولاده مثلا لانه المنتفع به والغرم بالغنم ولهذا يكون نفقة العبد الموصى بخدمته على الموصى له بها (والا) اى وان لم يكن معينا (يبدأبها) اى بالعمارة (من غلته) اى غلة الوقف لان الوقف اذا كان على غير معين لم يمكن مطالبتهم بها لكثرتهم وغلة الوقف اقرب اموالهم فيجب منها (ولم تزد فى الاصح) يعنى انما تجب العمارة عليه بقدر مابقى على الصفة التى وقفه المالك عليها وان خرب يبنى على تلك الصفة لانه بصفته صار غلته مستحقة الصرف الى الموقوف عليه فاما الزيادة فلا والغلة مستحقة له فلا يجوز صرف غلة مستحقة له الى جهة غير مستحقة الابرضاه (ولوابى) اى المعين (عن عمارة الوقف او عجز) عنها (عمره الحاكم بأن آجره وعمره (باجرته فرده اليه) اى الموقوف عليه (ولا يجبر) اى الآبى (عليها) اى العمارة لان فيها اتلاف ماله ولايجبر الانسان عليه كالايجبر صاحب البذر فى المزارعة ولايكون اباؤه رضا ببطلان حقه لانه فى حيز التردد

اذهو مكيل والافلعل الكلام له تتمة حذفت لماقال قاضيخان بعدماتقدم ومايكال ويوزن يباع فيدفع ثمنه بضاعة او مضاربة كالدراهم قالوا على هذا القياس لو قال هذا الكر من الحنطة وقف على شرط ان يقرض للفقراء الذين لابذر لهم فزرعوها لانفسهم ثم يؤخذ منهم بعد الادراك قدر القرض ثم يقرض لغيرهم من الفقراء هذا ابدا على هذا الوجه اه فليتأمل (قوله وفى القاعدية الخ) اقول وفى الخانية ايضا مع زيادة حيث قال وحكى عن الحاكم المعروف بمهروية انه قال وجدت فى النوادر عن ابى حنيفة رحمه الله انه اجاز وقف المقبرة والطريق كما اجاز المسجد وكذا القنطرة يتخذها الرجل للمسلمين ويتطرقون فيها ولا يكون بناؤهاميراثا لورثته خص بناء القنطرة فى بطلان الميراث قالوا تأويل ذلك اذا لم يكن موضع القنطرة ملك البانى وهو المعتاد والظاهر ان الانسان يتخذ القنطرة على النهر العام وهذه المسئلة دليل على جواز وقف البناء بدون الاصل اه وفى كافى النسفى ولو وقف البناء قصدا لم يجز فى الصحيح اه وقال قارئ الهداية فى فتاواه وقف البناء والغرس دون الارض الفتوى صحة ذلك اه (قوله الواقف اذا افتقروا احتاج الى الوقوف يرفع الامر الى القاضى ليفسخه ان لم يكن مسجلا) (درر ١٨ ثى) اقول قد تقدم ان الوقف لايلزم الا باحد امور اربعة منها مالو علقه بموته ومنها مالو وقفه فى حياته وبعد مماته مؤبدا وذكر ان فى هاتين الصورتين لايلزم الا بالموت ومادام حياله ان يرجع عنه من غير تفصيل بين كونه غنيا او فقيرا بامر قاض او غيره فليتأمل مع هذا وكذلك قوله ووجهه لو نوى وارث الواقف الخ مع لزوم الوقف بالتعليق بالموت وبالاضافة اليه

(قوله الوقف في مرض الموت كالهبة) اقول الا انه اذا وقف على بعض الورثة ولم يجزه باقيهم لا يبطل اصله وانما يبطل ما جعل من الغلة لبعض الورثة دون بعض فيصرف على قدر مواريثهم من الواقف مادام الموقوف عليه حيا ثم يصرف بعد موته الى من شرطه الواقف لانه وصية ترجع الى الفقراء وليس كوصيته لوارث ليبطل اصله بالرد نص عليه هلال رحمه الله فتنبه لهذه الدقيقة

فصل

(قوله وان لم يشترطه الواقف فليس للقيم ان يؤجر اكثر من سنة بلا اذن القاضي كذا في الخانية) اقول الا انه خصه بالدور ولم يذكر انه يزاد على السنة باذن القاضي ونصه قال الفقيه ابو جعفر رحمه الله اذا لم يذكر الواقف في صك الوقف اجارة الوقف فرأى القيم ان يؤجرها ويدفعها مزارعة فما كان ادر على الوقف وانفع للفقراء فعل الا انه في الدور لا يؤجر اكثر من سنة اما في الارض ان كانت تزرع كل سنة لا يؤجرها باكثر من سنة وان كانت تزرع في كل سنتين مرة او في ثلاث سنين مرة كان له ان يؤجرها مدة يتمكن المستأجر من الزراعة هذا اذا لم يكن الواقف شرط ان لا يؤجر اكثر من سنة وان كان شرط ذلك الى آخر ماقاله المصنف اول الفصل وذكر عقبه قاضيخان صورة ثالثة هي وان كان الوقف ذكر في صك الوقف ان لا يؤجر اكثر من سنة الا اذا كان انفع للفقراء كان للقيم ان يؤجرها بنفسه اكثر من سنة اذا رأى ذلك خيرا ولا يحتاج الى المرافعة الى القاضي لان الواقف اذن له بذلك اه ثم قال قاضيخان وعن الفقيه ابي الليث انه يجيز اجارة الوقف ثلاث سنين من غير فصل بين الدار والارض اذا لم يكن الواقف شرط ان لا يؤجر اكثر من سنة (قوله يعني ان الارض اذا كانت مما يزرع في كل سنة الخ) اخرج به المتن عن ظاهره وعلمت (وان) ان هذا قول الفقيه ابي جعفر رضي الله عنه والفتوى على اطلاق المتن كما اطلقه شارح المجمع حيث قال ويختار للفتوى ان تؤجر الضياع ثلاث سنين لان رغبة المستأجر لا تتوفر في اقل من هذه المدة ويؤجر غير الضياع سنة وهو الامام ابو جعفر الكبير اه

لاحتمال ان يمتنع لرضاه به ويمتنع حذرا من اتلاف ماله فلا يبطل بالشك (ولا يجوز اجارة من له السكنى) اذ لا ولاية له عليها لانه غير مالك ولا نائب عنه بل يؤجره المتولي او القاضي (وصرف نقضه وثمنه اليها) اى العمارة ان احتاج الوقف اليها يعني ان نقض الوقف ان صلح لان يصرف الى عمارته صرف اليها والا بيع به الحاكم ويصرف ثمنه اليها صرفا للبدل الى مصرف المبدل (وان لم يحتج حفظ للحاجة ولم يقسم بين مصارفه) لانه جزء من العين وحقهم في الانتفاع بمنافعه دون العين لانه حق الله تعالى او حق الوقف فلا يصرف اليهم ماليس حقا لهم (الواقف اذا افتقر واحتاج الى الموقوف يرفع الى القاضي ليفسخه ان لم يكن مسجلا) كذا في الخلاصة (وفسخه لو) كان (او وارثا او واقف كان حكما ببطلان الوقف والا فلا) قال في مجمع الفتاوى القاضي اذا اطلق بيع وقف غير مسجل ان اطلق لوارث الواقف كان ذلك منه حكما ببطلان الوقف ويجوز بيعه وان اطلق لغير وارثه لا لان الوقف اذا بطل عاد الى ملك وارث الواقف وبيع مال الغير لا يجوز اقر بوقف صحيح وبانه اخرجه من يده ووارثه يعلم خلافه) اى انه لم يقفه ولم يخرجه من يده (جاز) اى الوقف (وليس له) اى لوارثه (ان يأخذه ولا يسمع دعواه) في القضاء كذا في الخانية (الوقف في مرض الموت كالهبة فيه) فيعتبر من الثلث ويشترط فيه ما يشترط فيها من القبض والافراز (فان خرج من الثلث او اجازه الوارث نفذ) في الكل (والا بطل في الزائد على الثلث) واذا اجاز البعض دون البعض جاز بقدر ما اجاز وبطل في الباقي الا ان يظهر للميت مال غيره فينفذ في الكل كذا في الخانية (الوقف) اما (للفقراء) وهو ظاهر (او للاغنياء ثم الفقراء) كما وقف على الاولاد الاغنياء وبعد انقراضهم على الفقراء (او يستوى فيه الفريقان) اى الفقراء والاغنياء (كالرباطات والخانات والمقابر والمساجد والسقايات والقناطر) ونحو ذلك

فصل

(يتبع شرط الوقف في اجارته) حتى اذا شرط ان لا يؤجر اكثر من سنة والناس لا يرغبون في استئجارها سنة وكان اجارتها اكثر من سنة ادر على الوقف وانفع للفقراء فليس للقيم ان يخالف شرطه ويؤجرها اكثر من سنة بل يرفع الامر الى القاضي حتى يؤجره القاضي اكثر من سنة لان للقاضي ولاية النظر للفقراء والغائب والميت وان لم يشترطه الواقف فللقيم ان يؤجر اكثر من سنة بلا اذن القاضي كذا في الخانية (فلو اهمل) الواقف (مدتها) اى لم يبينها (قيل تطلق) اى تبقى على اطلاقها ولا تتقيد بمدة فللقيم ان يؤجر كيف شاء جريا على سنن الواقف (وقيل تقيد بسنة) سواء كان الوقف دارا او ارضا لزيادة احتياط في امر الوقف (وبها) اى بالسنة (يفتى في الدار) لان المدة اذا طالت يؤدي الى ابطال الوقف فان من رآه يتصرف به تصرف الملاك على طول الزمان يزعمه مالكا (وثلاث سنين في الارض) يعني ان الارض اذا كانت مما يزرع في كل سنة لا يؤجرها اكثر من سنة

وان كانت مما يزرع فى كل سنتين مرة او فى كل ثلاث سنين مرة كان له ان يؤجرها مدة يتمكن فيها المستأجر من الزراعة (وبالمثل يؤجر) لا بأقل من اجر المثل دفعا للضرر عن الوقف (فلو رخص اجره) بسبب من الاسباب بعد العقد على مقدار (لا يفسخ) العقد للزوم الضرر (واو زاد) اى اجره (على اجر مثله قبل يعقد به) اى باجر مثله (ثانيا للآتى من الزمان واما الماضى فله حصته من الاجر الاول (وقيل لا) اى لا يعقد به ثانيا (كزيادة واحد تعنتا) فى الذخيرة اذا استأجر ارض وقف ثلاث سنين باجرة معلومة هى اجر المثل حتى جازت الاجارة فرخصت اجرتها لا تنفسخ الاجارة واذا ازداد اجر مثلها بعد مضى مدة فعلى رواية فتاوى السمرقندى لا يفسخ العقد وعلى رواية شرح الطحاوى يفسخ ويجدد العقد ولى وقت الفسخ يجب المسمى وزيادة الاجرة تعتبر اذا زادت عند الكل حتى لو زاد واحد تعنتا لا تعتبر وعلى رواية الشرح لو زادت الاجرة فرضى المستأجر الاول بالزيادة كان هو اولى من غيره (ولا يؤجره الموقوف عليه) كالامام والمدرس والاولاد ونحوهم لعدم تصرفهم فى عينه (الا بتولية) اى بان يجعله الواقف متوليا فحينئذ يكون له حق التصرف فيه (متول آجره بدون اجر المثل لزمه تمامه كذا اب آجر منزل صغيره بدونه) اى بدون اجر المثل يعنى لزمه ايضا تمامه اذ ليس لكل منهما ولاية الحط والاسقاط كذا فى العمادية (لا تنفسخ) اى اجارة الوقف (بموت المؤجر) لان العقد لغيره كالوكيل والاب (والوقف لا يعار ولا يرهن) رعاية لحق الموقوف عليه لان فيهما ابطال حقه فلو سكن المرتهن فيه يجب عليه الاجر (ويفتى بالضمان باتلاف منافعه) يعنى اذا سكن رجل دار الوقف او اسكنه المتولى بلا اجر قيل لا شئ على الساكن وعامة المتأخرين على ان عليه اجر المثل وعليه الفتوى وكذا منافع مال اليتيم كذا فى العمادية (وغصب عقاره) يعنى ان الفتوى فى غصب العقار والدور الموقوفة بالضمان نظرا للوقف ومتى قضى عليه بالقيمة يؤخذ منه القيمة فيشترى بها ضيعة اخرى فتكون على سبيل الوقف لان هذه بدل الاولى كذا فى الاسنز وشنية (وتقبل فيه) اى الوقف (الشهادة على الشهادة وشهادة الرجال بالنساء والشهادة بالشهرة لاثبات اصله وان صرحوا به) اى شهدوا بالتسامع وقالوا عند القاضى نشهد بالتسامع تقبل بخلاف سائر ما يجوز فيه الشهادة بالتسامع كالنسب فانهم اذا صرحوا بانهم شهدوا بالتسامع لا تقبل لان الوقف حق الله تعالى وفى تجويز القبول بتصريح التسامع حفظ للاوقاف القديمة من الاستهلاك وغيره ليس كذلك (لا) لاثبات (شرطه فى الاصح) لان الشهادة على اصل الوقف بالشهرة تجوز على الجواب المختار وان كان الوقف على قوم باعيانهم واما على الشرائط فلا هو المختار كذا فى العمادية (وبيان المصرف من الاصل) يعنى اذا شهدوا ان هذه الضيعة وقف على كذا تقبل فيه الشهادة بالتسامع (متول بنى فى عرصة الوقف فهو) اى البناء (يكون للوقف)

(قوله ولو زاد على اجر مثله الخ) اقول وهذا بخلاف غلو السعر لما فى البرهان ولا تنقض الاجارة ان زادت الاجرة فى المدة بكثرة الرغبة من الناس بخلاف غلو السعر يعنى او زاد

فى نفسه لا لرغبة راغب ولا لتعنت لا طالب بل لغلو السعر عند الكل تنقض الاجارة فان كان فى الارض زرع لم يستحصد لا ينقض الاول بل يجب اجر المثل من حين الزيادة الى انتهاء المدة اه (قوله متول آجره بدون اجر المثل لزمه تمامه الخ) ظاهره ان المتولى هو الذى يضمن تمامه وفى الخانية خلافه حيث قال وصى اليتيم او متولى الوقف اذا آجر اوقفا او منزلا لليتيم بدون اجر المثل قال الشيخ الامام الجليل ابو بكر محمد بن الفضل من اصحابنا رحمهم الله ينبغى ان يكون المستأجر غاصبا الا ان الخصاف ذكر فى كتابه انه لا يصير غاصبا ويلزمه اجر المثل فقيل له اتفتى بهذا قال نعم ووجهه ثم قال وقال بعضهم بان المستأجر يصير غاصبا عند من يرى غصب العقار فان لم ينتقض شئ من المنزل وسلم كان على المستأجر الاجر المسمى لا غير والفتوى على ما ذكرنا او لانه يجب اجر المثل على كل حال اه الا ان المصنف فرضها فى وصى ومتول وفى الخانية ذكر مكان الوصى الاب وغلط من قال ان المتولى يضمن تمام الاجر باجارته بدون اجر المثل كذا فى البحر بل هو على المستأجر كما ذكرناه (قوله والوقف لا يعار ولا يرهن) اقول هذا قد تقدم اول الكتاب الا انه اعاده ليرتب عليه وجوب الاجر بسكنى المرتهن وحينئذ كان عليه ان يبين حكم سكنى المستعير الا انه يؤخذ مما بعده (قوله لا لاثبات شرطه فى الاصح) قال الشيخ قاسم فى موجبات الاحكام وفى المجتبى والمختار ان يقبل على شرائط الوقف ايضا (قوله متول بنى الخ) اقول وهذا بخلاف بناء الواقف لما قال فى الاسعاف رجل غرس فيما وقف اشجارا او بنى بناء او نصب بابا قالوا ان [illegible] غلة الوقف او من ماله وذكر انه غرسه للوقف يكون وقفا ولو لم يذكر شيأ وغرس من ماله يكون ملكا له اه

فتصرف غلته الى مصارف الوقف (ان بناه من مال الوقف او مال نفسه ونواه للوقف اولم ينو شيأ) وان بنى لنفسه واشهد عليه كان له) اى للمتولى نفسه (ولا جنبى اذا بنى ولم ينو) شيأ (فله ذلك) وان نوى كونه للوقف كان وقفا (كذا الغرس) يعنى انه كالبناء فى جميع ماذكرنا (والغرس فى المسجد للمسجد مطلقا) اى سواء نوى اولم ينو (باع دارا ثم ادعى انى كنت وقفتها او قال وقف على لا يصح) للتناقض فليس له ان يحلف المشترى (ولو قامت البينة قبلت) كما لو شهدوا على عتق امة تقبل بلا دعوى (الولاية) فى امر الوقف (للواقف وان لم يشترطها) لانه احق من الاجنبى (ويعزل لو خان كالوصى) رعاية لمصلحة الوقف (وان شرط) الواقف (ان لا يعزل) لانه شرط مخالف لمقتضى الشرع (ولاه) اى الواقف المتولى (واخرجه صح) وان لم يكن له جريمة (وان شرط ان لا يخرج) لانه فى معنى التوكيل ولا عبرة بالشرط (طالب التولية لا يولى) كالا يولى طالب القضاء (مرض المتولى) مرض الموت (وفوض التولية الى غيره جاز) لان المتولى بمنزلة الوصى وللوصى ان يوصى الى غيره كذا فى الخانية (ولومات) اى المتولى بلا تفويضها الى غيره او به (فالرأى فى نصب المتولى الى الواقف) لا القاضى (ثم) ان مات الواقف فالرأى فيه الى (وصيه ثم) ان مات وصيه فالرأى فيه الى (القاضى) ويجعل المتولى من اهل الواقف ما امكن لا الاجانب (البانى) للمسجد (اولى بنصب الامام والمؤذن فى المختار الا اذا عين القوم اصلح ممن عينه) اى البانى (اشترى المتولى بمال الوقف دارا له) اى للوقف (لا يكون وقفا فى الاصح) لان فى صحة الوقف والشرائط التى يصير بها الوقف لازما كلاما كثيرا ولم يوجد ههنا كذا فى العمادية (جاز للحاكم تزويج امة الوقف لا عبده ولو من امته وجناية عبده فى ماله) اى مال الوقف كذا فى الخلاصة

فصل

فيما يتعلق بوقف الاولاد (قال ارضى هذه موقوفة على ولدى كانت الغلة لولد صلبه يستوى فيه الذكر والانثى) لان اسم الولد مأخوذ من الولادة وهى موجودة فيهما (الا ان يقيد بالذكور) بان يقول على الذكور من ولدى فلا يدخل فيه الاناث واذا جاز هذا الوقف (فان وجد واحد من) الولد (الصلبى كانت) اى الغلة (له) لا لغيره (واذا انتفى) اى الصلبى (صرفت) اى الغلة (الى الفقراء لا لولد الولد) لانقطاع الموقوف عليه هذا اذا كان حين الوقف ولد صلبى (وان لم يكن حين الوقف صلبى بل ولد الابن) ذكرا او انثى (كانت) الغلة (له خاصة) لا يشاركه فيها من دونه من البطون ويكون ولد الابن عند عدم الصلبى بمنزلة الصلبى (ولا يدخل فيه ولد البنت فى الصحيح) وهو ظاهر الرواية وبه اخذ هلال لان اولاد البنات ينسبون الى آبائهم لا الى آباء امهاتهم بخلاف ولد الابن (ولو) زاد على العبارة الاولى و(قال وولد ولدى فقط) اى لم يزد على هذا (يدخل فيه الصلبى واولاد بنيه يشتركون فى الغلة) ولا يقدم الصلبى على ولد الابن لانه سوى بينهما فى الذكر وهل يدخل فيه ولد البنت قال هلال يدخل (ولو قيد بالذكور) اى قال ارضى هذه موقوفة على ولدى وولد ولدى الذكور قال هلال (يدخل فيه الذكور من ولد

فى الخانية وان اقام البينة على ما ادعوا اختلفوا فيه كان بعضهم يقول لا يقبل بينته لانه متناقض وقال بعضهم تقبل لان التناقض لا يمنع الدعوى وعلى قول الفقيه ابى جعفر رحمه الله تعالى الدعوى لا تشترط لقبول البينة على الوقف لان الوقف حق الله تعالى وهو التصدق بالغلة ولا تشترط فيه الدعوى كالشهادة على الطلاق وعتق الامة الا انه ان كان هناك موقوف عليه مخصوص ولم يدع لا يعطى له من الغلة شئ ويصرف جميع الغلة للفقراء لان الشهادة قبلت لحق الفقراء فلا يظهر الا فى حق الفقراء قال رضى الله عنه وينبغى ان يكون الجواب على التفصيل ان كان الوقف على قوم باعيانهم لا تقبل البينة عليه بدون الدعوى عند الكل وان كان الوقف على الفقراء او على المسجد على قول ابى يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى تقبل البينة بدون الدعوى وعلى قول ابى حنيفة رحمه الله تعالى لا تقبل

فصل فيما يتعلق بوقف الاولاد

(قوله وهو ظاهر الرواية وبه اخذ هلال) اقول هكذا ذكره قاضيخان وقابل الصحيح ما ذكر الخصاف عن محمد انه يدخل فيه اولاد البنات ايضا والصحيح ظاهر الرواية (قوله ولو قيد بالذكور يدخل فيه الذكور من ولد البنين والبنات وهو الصحيح) هكذا ذكره قاضيخان ايضا واحترز بذلك عما قال على الرازى اذا وقف على ولده وولد ولده يدخل فيه الذكور والاناث من ولده فاذا انقرضوا فهو لمن كان من ولد ابن الواقف دون ابن بنت الواقف ولو قال على اولادى

او لادهم كان ذلك لكلهم يدخل فيه ولد الابن وولد البنت والصحيح ما قال هلال اه ولابن كمال باشا فى هذا رسالة مفيدة (البنين)

البنين والبنات) وهو الصحيح لان اسم الولد كما يتناول اولاد البنين يتناول اولاد البنات لما قال الامام السرخسي ان ولد الولد اسم لمن ولده ولده وابنة ولده ومن ولدته ابنته يكون ولد ولده حقيقة بخلاف ما اذا قال على ولدى فان ثمة ولد البنت لا يدخل فى ظاهر الرواية كما مر لان اسم الولد يتناول ولده الصلبى وانما يتناول ولد الابن لانه ينسب اليه عرفا ثم اذا انقرض الاولاد واولادهم فى الصورتين المذكورتين صرفت الغلة الى الفقراء لانقطاع الموقوف عليه (ولو زاد البطن الثالث) وقال على ولدى وولد ولدى وولد ولد ولدى (صرف الى اولاده ما تناسلوا الا الفقراء ما بقى واحد من اولاده وان سفل يستوى فيه الاقرب والابعد الا ان يذكر ما يدل على الترتيب) بان يقول الاقرب فالاقرب او يقول على ولدى ثم على ولد ولدى او يقول بطنا بعد بطن فحينئذ يبدأ بما بدأ به الواقف لانه لما ذكر البطن الثالث فحش التفاوت فتعلق الحكم بنفس الانتساب لا غير والانتساب موجود فى حق من قرب ومن بعد بخلاف البطن الثانى لان الواسطة له واحد كذا فى الخلاصة (كذا) اى صرف الى اولاده ما تناسلوا الا الفقراء (اذا قال على ولدى واولاد اولادى او قال) ابتداء (على اولادى) يستوى فيه الاقرب والابعد الا ان يذكر ما يدل على الترتيب كما مر (وقف ضيعة على اولاده ثم الفقراء فمات بعضهم صرفت الغلة الى الباقى) لانه وقف على اولاده ثم الفقراء فما بقى منهم واحد وان سفل لا تنصرف الى الفقراء (ولو وقفها على اولاده وسماهم) فقال على فلان وفلان وفلان (وجعل آخره للفقراء فمات احدهم صرف نصيبه الى الفقراء) لانه وقف على كل واحد منهم وجعل آخره للفقراء فاذا مات واحد منهم كان نصيبه للفقراء بخلاف المسئلة الاولى فان الوقف هناك على الكل لا كل واحد (ولو) وقف (على امرأته واولاده) اى اولاد الواقف (ثم ماتت) امرأته (لا يكون نصيبها لابنها) المتولد من الواقف (خاصة اذا لم يشترط) اى الواقف (رد نصيب الميت) اى من مات منهم (الى ولده) حتى اذا شرطه كان نصيبا لابنها (بل) يكون (للجميع) اى جميع الاولاد (ولو قال على ولدى وولد ولدى ابدا ما تناسلوا ولم يقل بطنا بعد بطن لكن شرط الشرط المذكور) وهو رد نصيب الميت الى ولده (فالغلة لجميع ولده ونسله بينهم على السوية ولو مات بعض ولد الواقف وترك ولدا ثم جاءت الغلة تقسم على الولد وولد الولد وان سفلوا) بمقتضى عبارة الواقف (وعلى الميت) لانه استحق النصيب قبل موته (فما اصابه) اى الميت من الغلة (كان لولده) بالارث (فيصير له) اى لولد الميت (سهمه الذى عينه الواقف) بحكم تعينه (وسهم والده) بالارث (ولو وقف على ولديه فاذا انقرضا فعلى اولادهما ابدا ما تناسلوا فاذا مات احدهما وخلف ولدا صرف نصف الغلة الى الباقى والنصف الى الفقراء) كما مر فى صورة تسمية كل من الاولاد (فاذا مات الآخر صرف الكل الى اولاد الاولاد) يقسم بين ولد لاحدهما وكل واحد من اولاد الآخر على السوية (وقف على ذوى قرابته لم يدخل والده وجده وولده) رجل قال ارضى هذه موقوفة على اقاربى او على قرابتى او على ذوى قرابتى قال هلال يصح الوقف ولا يفضل الذكر على الانثى

(قوله يستوى فيه الاقرب والابعد
اقول ويدخل فى القسمة من
لاقل من ستة اشهر من حين طـ
الغلة لا من ولد لاكثر منها ا
ولدت مبانته اوام ولده المعتقة
من سنتين كما فى البرهان وفى الخـ
ولو كان الطلاق رجعيا فالجو
فى الولد الحادث بعد الطلاق الر
ما هو الجواب فى منكوحة غير م
اه (قوله لم يدخل والده و
وولده) اقول هذا بخلاف ما فى ا
من الزيادات كما فى الخانية

ولا يدخل فيه والد الواقف ولا جده ولا ولده كذا في الخانية (دار في يده برهن آخر انها وقف عليه وبرهن قيم الوقف انها للمسجد فان ارخا فللسابق والا فبينهما انصفان) كذا والحكم في دعوى الملك وقف بين الاخوين مات احدهما وبقي في يد الحي واولاد الميت ثم الحي برهن على كل واحد من اولاد الاخ ان الوقف بطنا بعد بطن والباقي غيب والواقف واحد يقبل وينتصب خصما عن الباقين ولو برهن اولاد الاخ ان الوقف مطلق علينا وعليك فبينة مدعي الوقف بطنا بعد بطن اولى كذا في القنية

كتاب البيوع

(هو) اي البيع الذي دل عليه البيوع لغة مبادلة مال بمال مطلقا وهو من الاضداد يقال باع الشيء اذا شراه او اشتراه ويتعدى الى المفعول الثاني بلا حرف وبه يقال باعه الشيء وباعه منه وانما جمع لكونه انواعا اربعة باعتبار المبيع لانه اما بيع سلعة بمثلها ويسمى مقايضة او بيعها بالثمن ويسمى بيعا لكونه اشهر الانواع او بيع ثمن بثمن كبيع النقدين ويسمى صرفا او بيع دين بعين ويسمى سلما وباعتبار الثمن ايضا اربعة لان الثمن الاول ان لم يعتبر يسمى مساومة وان اعتبر مع زيادة يسمى مرابحة او بدونها يسمى تولية او مع النقص يسمى وضيعة وشرعا (مبادلة مال بمال بطريق الاكتساب) اي التجارة خرج به مبادلة رجلين بمالهما بطريق التبرع او الهبة بشرط العوض فانه ليس ببيع ابتداء وان كان حكمه بقاء لم يقل على سبيل التراضي ليتناول بيع المكره فانه بيع منعقد وان لم يلزم (ينعقد) الانعقاد تعلق كلام احد العاقدين بالآخر شرعا على وجه يظهر اثره في المحل (بالايجاب) وهو الاثبات سمي به اول كلام احد العاقدين سواء كان بعت او اشتريت لانه يثبت للآخر خيار القبول (والقبول) وهو ثاني كلام احدهما سواء كان بعت او اشتريت (الماضيين) قال في الهداية البيع ينعقد بالايجاب والقبول اذا كانا بلفظ الماضي ثم قال لان البيع انشاء تصرف والانشاء يعرف بالشرع والموضوع للاخبار قد استعمل فيه فينعقد به واراد بالموضوع للاخبار لفظ الماضي اذ اللام فيه للعهد فلا وجه للاعتراض عليه بانه لا بد من ضم شيء الى ذلك وهو ان يقال وكان استعماله بلفظ الماضي والا لا يتم الدليل ثم قال ولا ينعقد بلفظين احدهما لفظ المستقبل بخلاف النكاح وقدمر الفرق هنالك واراد بلفظ المستقبل صيغة الامر نحو بعه مني بكذا فقال بعت لانه قال هنالك مثل ان يقول زوجني فيقول زوجتك فلا وجه لحمله على المضارع كما ذهب اليه بعض شراحه ثم ينعقد به البيع اذا قارنته النية كما نقل صاحب النهاية عن الطحاوي وتحفة الفقهاء (و) ينعقد ايضا (بما في معناهما) اي الماضيين نحو رضيت واعطيتك بكذا وخذه بكذا يعني ان كل ما دل على معنى بعت واشتريت ينعقد البيع به ايضا فاذا قال بعت منك هذا بكذا فقال رضيت او قال اشتريت هذا منك فقال خذه يعني بعت بذلك فخذه فانه امر بالاخذ بالبدل وهو لا يكون الا بالبيع فكانه قال بعته منك به فخذه فقدر البيع انتضاء فيثبت العقد باعتباره لا بلفظين احدهما الامر لينافي ما مر فان المعنى هو

(المعتبر)

كتاب البيوع

(قوله الماضيين) قال قاضيخان البيع لا ينعقد الا بلفظين ينبئان عن التمليك والتملك على صيغة الماضي او الحال مثل ان يقول البائع بعت منك هذا بكذا او يقول ابيعك هذا بكذا ويقول المشتري اشتريت اوقبلت اورضيت اواجزت ولا ينعقد بلفظ الامر بان قال المشتري بعني هذا الثوب بكذا فيقول بعت او يقول البائع اشتر مني هذا العبد بكذا فيقول اشتريت وكذا لا ينعقد بلفظ الاستقبال نحو ان يقول البائع سأبيعك هذا العبد بكذا فيقول المشتري اشتريت

المعتبر فى هذه العقود وان اعتبر اللفظ فى بعضها كشركة المفاوضة حيث لا تصح اذا لم يبينا جميع مايقتضيه (حتى التعاطى) اى اعطاء المبيع والثمن من الجانبين فان البيع ينعقد به بلا وجود لفظ فضلا عن الماضيين لوجود المقصود وهو التراضى (مطلقا) اى فى الخسيس والنفيس هو الصحيح لاما قال الكرخى ينعقد به فى الخسيس فقط كالبقل ونحوه (و) ينعقد ايضا (بلفظ واحد كما فى بيع الاب من طفله) بان يقول بعت هذا منه بكذا (وشرائه منه) بان يقول اشتريت هذا من ابنى بان عبارة الاب لكمال شفقته اقيمت مقام العبارتين فلم يحتج الى قبول وكان اصيلا فى حق نفسه ونائبا عن طفله حتى اذا بلغ كانت العهدة عليه دون ابيه بخلاف ما اذا باع مال طفله من اجنبى فبلغ كانت العهدة على ابيه فاذا لزم عليه الثمن فى صورة شرائه لا يبرأ عن الدين حتى ينصب القاضى وكيلا يقبضه للصغير فيرده على ابيه فيكون امانة عنده وكذا لو قال بعت منك هذا بدرهم فقبضه المشترى ولم يقل شيأ ينعقد البيع (ويخير القابل فى المجلس) لانه لو لم يخير لزمه حكم العقد جبرا وهو منتف (بين قبول الكل بالكل والترك) يعنى ان البايع اذا اوجب فى شئ فقبل المشترى فى بعض ذلك او اوجب المشترى فى شئ فقبل البائع فى بعضه لم يجز لان فيه تفريق الصفقة وواحد المتعاقدين لا يملك ذلك لان فيه ضررا للمشترى او البائع لان المبيع ان كان واحدا لزم ضرر الشركة للمشترى وان كان متعددا فالعادة ضم الجيد الى الردئ ونقص ثمن الجيد لترويج الردئ فلو ثبت خيار قبول العقد فى البعض بان قبل المشترى العقد فى الجيد وترك الردئ فزال الجيد عن يد البائع بأقل من ثمنه وفيه ضرر له واذا لم يجز أخذ البعض بالبعض فلان لا يجوز اخذ الكل بالبعض اولى وان تعددت الصفقة فله ذلك لانتفاء الضرر عن البائع واليه اشار بقوله (الا اذا كرر) اى البائع (لفظ بعت وفصل الثمن) اشارة الى ما ذكر فى الكافى ان قوله فى الهداية الا ان يبين ثمن كل واحد لانه صفقات معنى لا يتم الا ان يدرج تكرار لفظ العقد اذ به تعدد الصفقة لا بمجرد بيان ثمن كل واحد وقال الزيلعى وليس له ان يقبل بعض المبيع دون البعض وان فصل الثمن الا اذا كرر البائع لفظ بعت مع ذكر الثمن لكل واحد عند ابى حنيفة وعندهما له ذلك ان فصل الثمن بان قال بعتك هذين كل واحد بكذا او بعتك هذه العشرة كل واحد منها بكذا (او رضى) اى البائع (بقوله) اى بقول المشترى (اشتريت هذا بكذا قال القدورى ان رضى البائع فى المجلس بتفريق الصفقة يصح ويكون ذلك من المشترى فى الحقيقة استئناف ايجاب لا قبولا ورضى البائع به قبولا واعترض عليه بانه انما يصح اذا كان للبعض الذى قبله المشترى حصة من الثمن كالصور المذكورة وفى قفيزين باعهما بعشرة لان الثمن منقسم عليهما باعتبار الاجزاء فتكون حصة كل بعض معلومة فاما اذا اضاف العقد الى عبدين او ثوبين فلم يصح العقد بقبول احدهما وان رضى البائع لانه يلزم البيع بالحصة ابتداء وانه لا يجوز اقول منشؤه الغفلة عن مراد القدورى فان تسميته عبارة المشترى ايجابا ورضى البائع قبولا تدل على انه اعتبر فى عبارة المشترى والبائع ذكر الثمن فى مقابلة

(قوله الا اذا كرر البائع لفظ بعت وفصل الثمن) اقول هذا بناء على قول ابى حنيفة والمختار قولهما لما فى البرهان او يفصل ثمنا بان يقول بعتك هذين الثوبين بمائة كل واحد بخمسين فانه يصح حينئذ فى المختار بناء على قولهما ان بتفصيل الثمن تتعدد الصفقة وان لم يكرر لفظ بعت لانه لا ضرر عليه بعد تفصيله ولئن وجد فقد رضى به وشرط ابو حنيفة لتعددها تكرار لفظ البيع بان يقول بعتك هذين العبدين بألف بعتك هذا بخمسمائة وبعتك هذا بخمسمائة اه

بعض المبيع فان مجرد قول المشترى اشتريته بلا ذكر الثمن لا يكون ايجابا ولا قول البائع رضيت قبولا لعدم صدق تعريف البيع عليه وهو مبادلة المال بالمال فظهر عدم لزوم البيع بالحصة ابتداء ولهذا قلت اورضى بقوله اشتريت هذا بكذا (ويمتد) اى خيار القبول (الى آخر المجلس) ولا يبطل بالتأخير اليه وان طال لان المجلس جامع للمتفرقات كما مر فى كتاب الطهارة فاذا عدت الامور المتعددة بسببه واحدة فلان تعتبر ساعاته ساعة واحدة اولى دفعا للعسر وتحقيقا لليسر وانما لم يكن الخلع والعتق على مال كذلك بل توقف الايجاب فيهما على ماوراء المجلس لما مر انهما اشتملا على اليمين من جانب الزوج والمولى فكان ذلك مانعا من الرجوع فى المجلس (والكتاب والرسالة كالخطاب) يعنى اذا كتب اما بعد فقد بعتك عبدى فلانا بكذا او قال لرسوله بعت هذا من فلان الغائب بكذا فاذهب واخبره فوصل الكتاب الى المكتوب اليه واخبر الرسول المرسل اليه فقال فى مجلس بلوغ الكتاب او الرسالة اشتريته به او قبلته تم البيع بينهما لان الكتاب من الغائب كالخطاب من الحاضر والرسول معبر وسفير فكلامه ككلام المرسل فان الرسول عليه السلام كان يبلغ تارة بالخطاب وتارة بالكتاب (ويبطل الايجاب قبل القبول بالرجوع) اى برجوع الموجب لان المانع من الرجوع لزوم ابطال حق الغير وهو منتف ههنا لان الايجاب لا يفيد الحكم بدون القبول اعترض بان الحق غير منحصر فى الملك بل حق التملك ايضا حق وفيه ابطاله ورد بان الايجاب اذا لم يفد ملكا للمشترى لم يكن مزيلا للملك البائع فحق التملك للمشترى لا يعارض حقيقة الملك للبائع لكونها اقوى منه ولا ينتقض بما اذا دفع الزكاة قبل الحول الى الساعى فان المزكى لا يقدر على الاسترداد لتعلق حق الفقير بالمدفوع لان حقيقة الملك زالت من المزكى فعمل حق الفقير لانتفاء ماهو اقوى منه (و) يبطل ايضا الايجاب قبل القبول (بقيام ايهما) من الموجب والقابل (عن مجلسه) لان القيام دليل الرجوع والدلالة تعمل عمل الصريح اعترض بانها انما تعمل عمله اذا لم يوجد صريح يعارضها وههنا لو قال بعد القيام قبلت وجد الصريح ولم يعتبر ورد بان الصريح انما وجد بعد الدلالة ولذا لم يعارضها (ولزم) اى البيع (بهما) اى بالايجاب والقبول (بلا خيار) لاحدهما فى المجلس وقال الشافعى لكل منهما خيار المجلس لقوله عليه السلام المتبايعان بالخيار مالم يتفرقا ولنا ان فى الفسخ ابطال حق الآخر فلا يجوز اقول يرد على ظاهره انه ان اريد بحق الآخر حق التملك فسلم لكنه لا يفيد لما مر وان اريد حقيقة الملك فممنوع بل هو اول المسئلة ويمكن دفعه بان حق التملك ثابت قبل القبول ولو لم يثبت حقيقة الملك بعده لم يكن للقبول فائدة زائدة بل كان وجوده وعدمه سواء مع كونه ركنا فالاحسن ان يقال ولنا ان الايجاب والقبول يفيد ان حقيقة الملك لما قال الله تعالى يا ايها الذين آمنوا لا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض منكم فاباح الاكل واو فى المجلس لوجود التجارة الناشئة عن التراضى والبيع تجارة فدل باطلاقه على نفى الخيار وصحة وقوع الملك للمشترى والقول بالخيار تقييد وهو نسخ

(قوله ويبطل بقيام ايهم) اقول يعنى لو كانا قاعدين وكذا لو كانا واقفين فسار احدهما او كل قائمين فقبله لا يجوز ظاهر الرواية ولو كان احدهما فى اداء الفرض فقبل بعد الفراغ منه او فى ركعة من التطوع فاضاف اليها اخرى فقبل جاز كما فى شرح المجمع اه وفى الخانية ولو تبايعا وهما يمشيان قال بعضهم لا ينعقد لتفرق المجلس بالخطوات وقال بعضهم ينعقد اذا اجاب المخاطب موصولا بالخطاب اه

(قوله اوفقأها اجنبي فأخذ ارشها) ليس اخذ الارش قيدا احترازيا بل اذا هو رها الاجنبي لا رابح بلا بيان لتحقق وجوب الضمان كما في الفتح ﴿فصل﴾ (قوله صح بيع ﴿ ١٨٣ ﴾ العقار قبل قبضه) احترز به عن اجارته قبل قبضه فان الصحيح كما في

اوفقأها اجنبي فأخذ ارشها لانه صار مقصودا بالاتلاف فيقابلها شيء من الثمن (ووطء البكر) لان العذرة جزء من العين يقابلها الثمن وقد حبسها (كنكسره بنشره وطيه لانه صار مقصودا بالاتلاف (شرى بنسيئة ورابح بلا بيان) يعني اشترى شيأ بألف درهم نسيئة وباعه بربح مائة ولم يبين فعلم المشتري (خير مشتريه) ان شاء قبل وان شاء رد لان الاجل يشبه المبيع حتى يزاد في المبيع لاجل الاجل والشبهة ههنا ملحقة بالحقيقة فصار كانه اشترى شيئين وباع احدهما مرابحة بثمنهما فيثبت له الخيار عند علمه بالخيانة (فان اتلفه ثم لزمه كل ثمنه) وهو الف ومائة لان الاجل لا يقابله شيء من الثمن (كذا التولية) (يعني ان كان ولاه اياه ولم يبين خيرلان الخيانة في التولية مثلها في المرابحة لانه بناء على الثمن الاول وان كان استهلكه ثم علم لزمه بألف حال لما مران الاجل لا يقابله شيء من الثمن (ولى) رجلا شيأ (بما قام عليه ولم يعلم مشتريه قدره) اى قدر ما قام عليه (فسد) البيع لجهالة الثمن (وان علم) اى المشتري قدره (في المجلس صح) البيع لزوال المفسد قبل تقرره (وخير) المشتري ان شاء قبل وان شاء رد لان الرضا لم يتم قبله لعدم العلم فيتخير كما في خيار الرؤية.

فصل

(صح بيع العقار قبل قبضه لا المنقول) عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله تعالى وعند محمد لا يجوز لقوله صلى الله عليه وسلم اذا اشتريت شيأ فلا تبعه حتى تقبضه ولانه لا يقدر على تسليمه قبل قبضه فلا يجوز بيعه كالمنقول ولهما ان ركن البيع صدر من اهله ووقع في محله والحديث معلول باحتمال الهلاك وهو في العقار نادر حتى لو تصور هلاكه قبل القبض بأن كان على شط نهر ونحوه قالوا لا يجوز بيعه قبله فلا يقاس على المنقول وقد اضطرب ههنا كلمات شراح الهداية وغيرهم والاظهر الموافق لقواعد الاصول ما ذكر في العناية وهو ان الاصل ان يكون بيع المنقول وغير المنقول قبل القبض جائزا لقوله تعالى واحل الله البيع لكن خص منه الربا بدليل مستقل مقارن وهو قوله تعالى وحرم الربا والعام المخصوص يجوز تخصيصه بخبر الواحد وهو ما روى انه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ما لم يقبض ثم لا يخلو اما ان يكون معلولا بغرر الانفساخ اولا فان كان ثبت المطلوب حيث لا يتناول العقار وان لم يكن وقع التعارض بينه وبين ما روى في السنن مسندا الى الاعرج عن ابي هريرة رضي الله تعالى عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر وبينه وبين ادلة الجواز وذلك يستلزم الترك وجعله معلولا بذلك اعمال لثبوت التوفيق حينئذ والاعمال متعين لا محالة فيكون مختصا بعقد ينفسخ بهلاك العوض قبل القبض (شرى الكيلي كيلا لا جزافا) قد مرانه معرب كزافا ويجوز في الجيم الحركات الثلاث (لم يبعه ولم يأكله حتى يكيله) لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان صاع البائع وصاع المشتري ولانه يحتمل ان يزيد على المشروط وذلك للبائع بخلاف ما اذا باع جزافا لان الزيادة للمشتري وبخلاف ما اذا باع الثوب مذارعة لان الزيادة له اذ الذرع وصف في الثوب بخلاف القدر كما مر. ذكر الشراء لانه اذا ملك مكيلا او موزونا

في الفوائد الظهيرية ان الاجارة قبل القبض لا يجوز بلا خلاف لان المنافع بمنزلة المنقول والاجارة تمليك المنافع فيمتنع جوازها قبل القبض وفي الكافي وعامة الفتوى كذا في الفتح (قوله المنقول) اى لا يصح بيعه وفي الصحة يحتمل نبوت فساد العقد وبطلانه صرح بالاول المواهب فقال وفسد بيع المنقول قبل قبضه اه وصرح بالثاني في الجوهرة ونصه قال الخجندي اذا اشترى منقولا لا يجوز بيعه قبل القبض لا من بائعه من غيره فان باعه فالبيع الثاني باطل والبيع الاول على حاله جائز اه وفرض المسئلة في البيع لتكون الفائدة مع في عدم صحته وكذا الاجارة قال الـ وقد الحق بالبيع غيره فلا يجوز اجارته ولا هبته ولا التصدق به خلافا لـ في الهبة والصدقة وكذا اقراضه ورهنه من غير بائعه اه وفي الجوهرة الوصية والعتق والتدبير واقراره ام ولده يجوز قبل القبض بالاتفاق الكتابة يحتمل ان يقال لا يجوز لا مبادلة كالبيع ويحتمل ان يقال لانها اوسع من البيع جواز وان جاريته قبل القبض جاز اه ويكون زوجها قابضا لا عقده (قوله ذكر الخ) فيه لف ونشر مشوش فيرجع جاز للمالك ان يتصرف فيه قبل الـ لقوله او وصية ويرجع قوله قبل الـ لقوله بهبة ومعلوم ان الملك في المو بقبضه وفي الموصى به بالقبول بعد الوصي بوضع هذا قول ابن

قيد بالاشتراء لانه اذا ملك مكيلا او موزونا بهبة او ميراث او غيرهما جاز له ان يتصرف قبل الكيل والوزن كذا في الكـ

(قوله وقيد بكون المكيل مبيعا لانه اذا كان ثمنا جاز التصرف فيه مطلقا) قال الكمال بان اشترى بهذا البر على انه كر فقبضه جاز تصرفه فيه قبل ماهو من تمام قبضه اه وكان ينبغي للمصنف رحمه الله تعالى ان يذكر هنا ما يميز المبيع عن الثمن فالدراهم والدنانير اثمان ابدا اى على كل حال سواء صحبها حرف الباء اولا وسواء كان ما يقابلها من جنسها او من غيره وذوات القيم كالثياب والحيوان مبيعة ابدا والمثليات من المكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة اذا قوبلت بالنقد مبيعة او بالاعيان وهى معينة ثمن او غير معينة فبيعة كمن قال اشتريت كرا من الحنطة بهذا العبد فلا يصح الا بشرائط السلم وقيل المثليات اذا لم تكن معينة وقوبلت بغيرها ثمن مطلقا ولو دخل عليها الباء اذ عرف هذا فالاثمان يجوز التصرف فيها قبل القبض استبدالا فى غير الصرف والسلم واختلف فى القرض والاصح جوازه قاله الكمال رحمه الله فى هذا الباب ثم اعاده فى كتاب الصرف الا انه قال فيما اذا كانت المثليات غير معينة ما نصه وان لم تعين اى المثليات فان صحبها حرف الباء وقابلها مبيع فهى ثمن وان لم يصحبها حرف الباء اولم يقابلها ثمن ﴿ ١٨٤ ﴾ فهى مبيعة وهذا لان الثمن ما يثبت فى الذمة دينا عند المقابلة اه (قوله الا ان يكيل البائع بعد بيعه بحضرة المشترى هو الصحيح وهو قول عامة المشايخ وحضرة وكيله بالقبض كحضرته وقيل لا يكتفى به لظاهر الحديث لانه اعتبر صاعين كافى الجوهرة والفتح (قوله جاز التصرف فى الثمن قبل قبضه) يستثنى منه بدل الصرف والسلم لان المقبوض من رأس مال السلم حكم عين المبيع والاستبدال بالمبيع قبل القبض لا يجوز وكذا فى الصرف ويصح التصرف فى القرض قبل قبضه على الصحيح والمراد بالتصرف نحو البيع والهبة والاجارة والوصية وسائر الديون كالثمن لعدم الغرر بعدم الانفساخ بالهلاك كالمهر والاجرة وضمان المتلفات وغيرها كبدل الخلع والعتق على مال وبدل الصلح عن دم عمد كما فى الفتح والجوهرة (قوله وجاز زيادة المشترى فيه اى الثمن) قال الكمال وفى المبسوط وكذا اذا كانت الزيادة من الاجنبى وضمنها لانه التزمها او رضاه كما سيذكره المصنف ايضا (قوله ان قام المبيع) اى

بهبة او وصية جاز للمالك ان يتصرف فيه قبل القبض وقبل الكيل وقيد بكون المكيل مبيعا لانه اذا كان ثمنا جاز التصرف فيه مطلقا كذا فى النهاية (الا ان يكيل البائع بعد بيعه عند المشترى) لان المبيع يصير معلوما بكيل واحد وبه يتحقق معنى التسليم ومحمل الحديث اجتماع الصفقتين كما سيأتى فى السلم ان شاء الله تعالى فاذا كال البائع قبل البيع وان كان بحضرة المشترى لم يعتبر لانه ليس صاع البائع والمشترى وهو الشرط وكذا لو كال بعد البيع بغيبة المشترى لان الكيل من باب التسليم اذ به يعلم المبيع ولا تسليم الا بحضرته (كذا الموزون والمعدود) اى لا يبيعه ولا يأكله حتى يزنه او يعده ثانيا ويكفى ان وزنه او عده بعد البيع بحضرة المشترى (لا المذروع) اى لا يشترط ما ذكر فى المذروعات وان اشتراه بشرط الذرع لما مر مرارا ان الذرع وصف لا يقابله شئ من الثمن فيكون للمشترى قال الزيلعى هذا اذا لم يسم لكل ذراع ثمنا وان سمى فلا يحل له التصرف فيه حتى يذرع (جاز التصرف فى الثمن قبل قبضه) سواء كان مما لا يتعين كالنقود او يتعين كالمكيل والموزون حتى لو باع ابلا بدراهم او بكر من الحنطة جاز ان يأخذ بدلها شيأ آخر لوجود المجوز وهو الملك وانتفاء المانع وهو غرر الانفساخ بالهلاك لما مر ان الاصل فى البيع هو المبيع وبهلاكه ينفسخ البيع بخلاف الثمن اما اذا كان من النقود فظاهر واما اذا كان من المكيل او الموزون فلانه مبيع من وجه وثمن من وجه ولهذا لا تبطل الاقالة فى صورة المقايضة بهلاك احدهما وقدمر (و) جاز (زيادة المشترى فيه) اى الثمن (ان قام المبيع) لانه ان لم يقم لم يبق بحالة يصح الاعتياض عنه لانه انما يكون فى موجود والشئ يثبت ثم يستند ولم تثبت الزيادة لعدم ما يقابله فلا يستند اى لا يلحق باصل العقد بالاستناد (و) جاز (حط البائع عنه) لانه بحال يمكن اخراج البدل عما يقابله لكونه اسقاطا والاسقاط لا يستلزم ثبوت ما يقابله فيثبت

شرط جواز الزيادة قيام المبيع فى ظاهر الرواية فلو هلك حقيقة بان مات العبد او الدابة او حكما بان اعتقه او دبره او كاتبه (الحط) او استولدها او باع او وهب وسلم او اجر او رهن ثم باعه من المستأجر والمرتهن او طبخ اللحم او طحن او نسج الغزل او تخمر العصير او اسلم مشترى الخمر ذميا لا تصح الزيادة لفوات محل العقد اذ العقد لم يرد على المطحون والمنسوج وكذا الزيادة فى المهر شرطه بقاء الزوجية بخلاف ما لو ذبح الشاة المبيعة او اجر او رهن او خاط الثوب او اتخذ الحديد سيفا او قطع يد المبيع فأخذ المشترى ارشه ثم زاد ثبتت الزيادة فى كل هذا وقوله فى ظاهر الرواية احتراز عما رواه الحسن فى غير رواية الاصول عن ابى حنيفة ان الزيادة تصح بعد هلاك المبيع كما يصح الحط بعد هلاكه قال الكمال رحمه الله (قوله وحط البائع) اى لو بعد هلاك المبيع كما ذكرناه

الحط في الحال ويلتحق باصل العقد استنادا (و) جاز (زيادته) اى البائع (في المبيع) لانه تصرف في حقه وملكه (ويتعلق الاستحقاق) اى استحقاق البائع والمشترى (بالكل) اى كل الثمن والمبيع والزائد والمزيد عليه فالزيادة والحط يلتحقان باصل العقد لانهما بالحط والزيادة يغيران العقد من وصف مشروع الى وصف مشروع وهو كونه رابحا اوخاسرا اوعدلا ولهما ولاية الرفع فاولى ان تكون ولاية التغيير قال صدر الشريعة ويمكن ان يقال انه اذا استحق مستحق المبيع اوالثمن فالاستحقاق يتعلق بجميع مايقابله من المزيد والمزيد عليه فلا يكون الزائد صلة مبتدأة كما هو مذهب زفر والشافعي اقول لايمكن ذلك لان مدار هذا الاستحقاق على الدعوى والبينة فان ادعى المستحق مجرد المزيد عليه واثبته اخذه وان اعاده مع الزيادة واثبته اخذه وكذا ان ادعى الزيادة فقط ثم ان حكم الالتحاق يظهر في التولية والمرابحة (فيرابح ويولى عليه) اى الكل (ان زيد وعلى الباقي ان حط) فان البائع اذا حط بعض الثمن من المشترى والمشترى قال لآخر وليتك هذا الشيء وقع عقد التولية على مابقى من الثمن بعد الحط فكان الحط بعد العقد ملحقا باصل العقد فكان الثمن في ابتداء العقد هو ذلك المقدار وكذا اذا زاد المشترى على اصل الثمن او البائع على اصل المبيع (والشفيع يأخذها بالاقل فيهما) اى في الزيادة على الثمن والحط وان كان مقتضى الالحاق بالاصل ان يأخذ بالكل في صورة الزيادة لان حقه تعلق بالعقد الاول وفي الزيادة ابطال له وليس لهما ابطاله (قال رجل لآخر بع عبدك من زيد بالف على انى ضامن كذا من الثمن سوى الالف اخذه) اى مولى العبد الالف (من زيد والزيادة من الضامن ولو لم يقل من الثمن فالالف على زيد) لانه عن العبد (ولاشيء عليه) اى على القائل اصله ان الزيادة في الثمن والمثمن جائزة عندنا وتلتحق باصل العقد فكان العقد ورد ابتداء على الاصل والزيادة كما مر وان اصل الثمن لم يشرع بغير مال يقابله ولهذا لايصح ايجابه على الاجنبي لانه لايستفيد بازائه مالا فامافضول الثمن فيستغنى عنه حتى تصح الزيادة من الاجنبي كما تصح من المشترى اذ لايسلم لهما شيء بمقابلة الزيادة وصارت كبدل الخلع فانه يصح على غير المرأة اذ لايسلم لهما شيء اذ البضع عند الخروج غير مقوم لكن من شرط الزيادة المقابلة تسمية وصورة حتى يجب حسب وجوب الثمن بواسطة المقابلة فاذا قال من الثمن فقد جعل المائة بمقابلة المبيع صورة فوجد شرطها فتصح واذا لم يقل من الثمن لم توجد المقابلة صورة ولامعنى فلم يوجد شرطها فلا يصح وبقى التزام المال ابتداء ببيع داره من غيره وهو رشوة وهى حرام (صح تأجيل الديون) وان كانت حالة في الاصل لان الدين حقه فله ان يؤخره تيسيرا على المديون كما له ابراؤه (الى اجل معلوم اومجهول جهالة يسيرة) كالتأجيل الى الحصاد بخلاف مااذا كانت فاحشة كهبوب الريح (سوى القرض) فان تأجيله لايصح لانه يصير بيع الدراهم بالدرهم لانه معاوضة انتهاء وان كان اعارة وصلة ابتداء (الا اذا اوصى به) فانه اذا اوصى ان يقرض من ماله الف درهم فلانا الى سنة لزم من ثلثه ان يقرضوه ولايطالبوه قبل السنة لانه وصية بالتبرع والوصية

(قوله وزيادته اى البائع في المبيع) اى ولو بعد هلاكه ويكون لها حصة من الثمن فتسقط بهلاكها قبل قبضها كما في الفتح من المنتقى (قوله اقول لايمكن ذلك) غير مسلم وليس فيما قال ابطال لكلام صدر الشريعة رحمه الله تعالى (قوله قال رجل لآخر بع عبدك الخ) هذه المسئلة مذكورة في مسائل شتى في الهداية والكنز (قوله وتلحق باصل العقد) اى الزيادة لكن لاتظهر في حق البائع والشفيع والمرابحة فلا يحبس المبيع لاجل الزيادة ويأخذ الشفيع بالالف دون الزيادة ويرابح على الالف ويسترد الاجنبي الزيادة بعد اقالة المبيع اورده بعيب بقضاء اوغيره ولو ضمن الزيادة بامر المشترى ظهرت في حق الكل وهذا كله فيما اذا كانت الزيادة في العقد كما يشير اليه كلام المصنف واما حصولها بعده فلا يجوز الا باجازة المشترى وتمامه في التبيين (قوله سوى القرض فان تأجيله لايصح) يعنى لايلزم كما اشار اليه بعده وبه صرح الكمال

يتسامح فيها نظرا للموصى ولذا جوزت بالخدمة والسكنى ولزمت (او احال المستقرض القرض على آخر بدينه فأجله القرض مدة معلومة) فانه يصح حتى لو اراد المقرض ان يطالب المستقرض بذلك الدين ليس له ذلك لان الحوالة مبرئة براءة الدين فى رواية وبراءة المطالبة فى اخرى كذا فى العمادية

﴿ باب الربا ﴾

(هو) لغة الفضل مطلقا وشرعا (فضل احد المتجانسين على الآخر (ففضل قفيزى شعير على قفيز بر لايكون ربا لانتفاء المجانسة (بالمعيار الشرعى) وهو الكيل والوزن ففضل عشرة اذرع من الثوب الهروى على خمسة اذرع منه لايكون ربا لانتفاء المعيار الشرعى خاليا عن عوض) احتراز عن بيع كربر وكر شعير بكرى بر وكرى شعير فان الثانى فاضل على الاول لكن غير خال عن العوض بصرف الجنس الى خلاف الجنس (شرط لاحد العاقدين) حتى لو شرط لغيرهما لايكون ربا (فى المعاوضة حتى لم يكن الفضل الخالى عن العوض فى الهبة ربا (وعلته القدر والجنس) لان الاصل فيه الحديث المشهور وهو قوله صلى الله عليه وسلم الحنطة بالحنطة مثلا بمثل يدا بيد والفضل ربا اى بيعوا مثلا بمثل او بيع الحنطة بالحنطة مثلا بمثل والخبر بمعنى الامر ولما كان الامر للوجوب والبيع مباح صرف الوجوب الى رعاية المماثلة كما فى قوله تعالى فرهان مقبوضة حيث صرف الايجاب الى القبض فصار شرطا للرهن والمماثلة بين الشيئين تكون باعتبار الصورة والمعنى معا والقدر يسوى الصورة والجنسية تسوى المعنى فينظر الفضل الذى هو الربا ولا يعتبر الوصف لقوله صلى الله عليه وسلم جيدها ورديها سواء (فان وجدا) اى القدر والجنس (حرم الفضل) كقفيز بر بقفيزين منه (والنساء) واو مع التساوى كقفيز بر بقفيز منه احدهما او كلاهما نسيئة (وان عدما) اى كل منهما (حلا) اى الفضل والنسأ (وان وجد احدهما) فقط (حل الفضل) كما اذا بيع قفيز حنطة بقفيزى شعير يدا بيد حل فان احد جزأى العلة وهو الكيل موجود هنا لا الجزء الآخر وهو الجنس وان بيع خمسة اذرع من الثوب بستة اذرع منه يدا بيد حل ايضا لوجود الجنسية وان عدم القدر (لا النسأ) اى لا يحل النسأ فى هاتين الصورتين ولو بالتساوى لحرمة ربا الفضل بالوصفين وربا النسيئة باحدهما لان جزء العلة لا يوجب الحكم لكنه يورث الشبهة وهى فى باب الربا ملحقة بالحقيقة وان كانت ادنى منها فلا بد من اعتبار الطرفين ففى النسيئة احد البدلين معدوم وبيع المعدوم غير جائز فصار هذا المعنى مرجحا لتلك الشبهة فلم تحل وفى غير النسيئة لم يعتبر الشبهة لما ذكر انها ادنى من الحقيقة (كسلم هروى فى هروى) فانه لم يجز لاتحاد الجنس (وبر فى شعير) فانه ايضا لم يجز لوجود القدر (والجيد والردئ سواء) لقوله صلى الله عليه وسلم جيدها ورديها سواء ولان فى اعتباره سد باب البياعات ثم فرع على قوله فان وجدا حرم الفضل والنسأ قوله (فحرم بيع الكيلى والوزنى بجنسه) اى بيع الكيلى بالكيلى والوزنى

قال فى الجوهرة هو فى الشرع عبارة عن عقد فاسد بصفة اى خاصة ليخرج البيع الفاسد سواء كان هناك زيادة او لا الا ترى ان بيع الدراهم بالدراهم نسيئة ربا وليس فيه زيادة اه ومن شرائط الربا عصمة البدلين وكونهما مضمونين بالاتلاف فعصمة احدهما وعدم تقومه لا يمنع فشراء الاسير او التاجر مال الحربى او المسلم الذى لم يهاجر بجنسه متفاضلا جائز ومنها ان لا يكون البدلان مملوكين لاحد المتبايعين كالسيد مع عبده ولا مشتركين فيهما بشركة عنان او مفاوضة كما فى البدائع (قوله ففضل عشرة اذرع الخ) كان ينبغى ان يقال ايضا وفضل ست حفنات على خمس لايكون ربا لانتفاء القدر الشرعى وهو بلوغ احد الحفنات نصف الصاع فانه لو بلغه من احدهما لا يجوز (قوله شرط لاحد العاقدين) اى او لم يشترط لقوله حتى لو شرط لغيرهما لايكون ربا الا ان هذا يكون بيعا فاسدا لشموله شرطا لا يقتضيه (قوله وعلته القدر والجنس) اى مع الجنس واذا كان الاصل واحدا او اضيف اليه مختلف الجنس صار جنسين حكما حتى يجوز التفاضل بينهما كدهن البنفسج مع دهن الورد اصلهما واحد وهو الزيت او الشيرج فصارا جنسين باختلاف ما اضيف اليه من الورد والبنفسج نظرا الى اختلاف المقصود والغرض ولم يبال باتحاد الاصل كما فى الفتح (قوله كسلم هروى فى هروى) يعنى او بيعه به نسيئة فانه غير جائز ايضا وكذا اذا باع شاة بشاة او عبدا بعبد نسيئة كما فى الجوهرة (بالوزنى)

بالوزنى (متفاضلا ولو غير مطعوم كالجص) فانه من المكيلات (والحديد) فانه من الموزونات والطعم غير معتبر عندنا بل عند الشافعى (وبالنسأ) عطف على متفاضلا وبه يتم التفريع (الا ان لا يتفقا) اى العوضان استثناء من قوله فحرم بيع الكيلى والوزنى بجنسه (فى صفة الوزن) بأن يوزن به الآخر (كالنقود والزعفران) والقطن والحديد ونحوها فان الوزن جمعهما ظاهرا لكنهما يختلفان فى صفة الوزن ومعناه وحكمه اما الاول فلان الزعفران يوزن بالامناء والنقود بالصنجات واما الثانى فلان الزعفران مثمن يتعين بالتعيين والنقود ثمن لا يتعين بالتعيين واما الثالث فلانه لو باعه بالنقود موازنة بأن يقول اشتريت هذا الزعفران بهذا النقد المشار اليه على انه عشرة دنانير مثلا وقبضه البائع صح التصرف فيه قبل الوزن ولو باع الزعفران على انه منوان مثلا وقبله المشترى ليس له ان يتصرف فيه حتى يعيد الوزن واذا اختلفا فى صفة الوزن ومعناه وحكمه لم يجمعهما القدر من كل وجه فتنزل الشبهة فيه الى شبهة الشبهة فان الموزونين اذا اتفقا كان المنع للشبهة واذا لم يتفقا كان ذلك شبهة الوزن والوزن وحده شبهة فكان ذلك شبهة الشبهة وهى غير معتبرة (وحل) عطف على حرم اى حل بيع الكيلى والوزنى (متساويا) بلا تفاضل (و) حل ايضا بيعهما (بلا قدر كما) اى كبيع (مادون نصف صاع) فان المعتبر فى قدر المكيلات نصف الصاع لا مادونه اذ لا تقدير فى الشرع بمادونه (باقل منه) متعلق بالبيع المقدر اى كبيع مادون نصف صاع بأقل منه (كحفنتين) من بر (بحفنة منه) فان بيعهما بها جائز وان وجد الفضل لانتفاء القدر الشرعى (الا ان يكون) استثناء من قوله بلا قدر اى انما يحل بيع الاقل من القدر الشرعى بأقل منه اذا كان حالا اما اذا كان (بالنسأ) فلا يحل لوجود جزء من العلة محرم للنسأ وهو الجنس حتى اذا انتفى الجنس ايضا حل البيع مطلقا ولو بالتساوى لانتفاء كل من جزأى العلة كبيع حفنة من بر بحفنتين من شعير (كذا حكم كل عددى متقارب) فان بيع العددى المتقارب بجنسه متفاضلا جاز ان كانا موجودين لانعدام المعيار وان كان احدهما نسيئة لا يجوز لان الجنس بانفراده يحرم النسأ (والمعتبر فى غير الصرف التعيين لا التقابض) حتى لو باع برا ببر بعينهما وتفرقا قبل القبض جاز وقال الشافعى يعتبر التقابض قبل الافتراق فى بيع الطعام بالطعام كما فى الصرف لقوله عليه الصلاة والسلام فى الحديث المعروف يدا بيد ولنا انه مبيع متعين فلا يشترط فيه القبض كالثوب ومعنى يدا بيد عينا بعين كذا رواه عبادة بن الصامت رضى الله تعالى عنه (البر والشعير والتمر والملح كيلى والذهب والفضة وزنى) فان كل مانص رسول الله صلى الله عليه وسلم على تحريم التفاضل فيه كيلا فهو كيلى ابدا وان ترك الناس الكيل فيه مثل الحنطة والشعير والتمر والملح

قوله استثناء من قوله فحرم بيع الوزنى بجنسه) كان الانسب اسقاط الفاء ويقال استثناء من حرم المقدر فى قوله والوزنى (**قوله** كالنقود والزعفران والقطن والحديد) الاولى ان يقال كالنقود مع الزعفران او مع القطن او مع الحديد فما لتوهم جواز القطن بالحديد لمقابلته به وانه لا يجوز قال فى البدائع وان كان رأس المال مما لا يتعين والمسلم فيه مما يتعين كما اذا اسلم الدراهم او الدنانير فى الزعفران او فى القطن او الحديد وغيرها من سائر الموزونات

فانه يجوز لانعدام العلة وهى القدر المتفق او الجنس اما المجانسة فظاهر الانتفا[ء] واما القدر المتفق فلان وزن الثمن يخالف وزن المثمن الا ترى ان الدراهم توزن بالمثاقيل والقطن والحديد يوزنان بالقبان فلم يتفق القدر فلم توجد العلة فلا يتحقق الربا اه ومثله فى شرح المجمع لابن الملك (قوله اما الاول) يعنى به صفة الوزن قوله لكنهما يختلفان فى صفة الوزن ومعناه وحكمه (**قوله** واما الثانى) يعنى به معناه (**قوله** واما الثالث) يعنى به حكمه (قوله وحل بيعهما ايضا بلا قدر) يعنى بلا بلوغ قدر اعتبره الشارع وهو نصف الصاع وبلوغ احدهما مانع كما قدمناه وقدا[و] ... قوله كبيع مادون نصف صاع الخ (قوله فان المعتبر فى قدر المكيلات نصف الصاع لا مادونه الخ) قال الكمال ولا يسكن الخاطر الى هذا بل يجب بعد التعليل بالقصد الى صيانة اموال الناس تحريم التفاحة بالتفاحتين والحفنة بالحفنتين اما ان كانت مكاييل اصغر اى من نصف الصاع كما فى ديارنا من وضع ربع القدح وثمن القدح المصرى فلا شك وكون الشرع لم يقدر بعض المقدرات الشرعية فى الواجبات المالية كالكفارات وصدقة الفطر بأقل منه لا يستلزم اهدار التفاوت المتيقن بل لا يحل بعد تيقن التفاضل مع تيقن تحريم اهداره ولقد اعجب غاية العجب من كلام هذا روى المعلى عن محمد انه كره التمرة بالتمرتين وقال كل شئ حرم فى الكثير فالقليل منه حرام اه كلامه رحمه الله تعالى (**قوله** ان كانا موجودين) يعنى معينين وليس كلاهما ولا احدهما دينا والصورة رباعية وتوجيهها بفتح القدير

(قوله لا يغيران بالعرف الخ) كذا في الفتح زيادة لان العرف جاز ان يكون على باطل كتعارف اهل زماننا اخراج الشموع والسرج الى المقابر ليالي العيد والنص بعد ثبوته لا يحتمل ان يكون على باطل اه ﴿ ١٨٨ ﴾ (قوله نقل عن محمد بن الفضل الخ) جزم به في شرح المجمع فقال بيع الدقيق بالدقيق متساويا كيلا اذا كانا مكبوسين جاز اتفاقا اه (قوله وبالنسأ في الاخير وهو بيع الخبز بالبر والدقيق) يعني اذا جعل الدقيق او البر رأس مال السلم في الخبز لكان قوله وبه يفتى اي على قول ابي يوسف خلافا لهما اما لو كان الخبز رأس مال السلم في الحنطة او الدقيق فهو جائز كما في الفتح (قوله لكن يجب ان يحتاط الخ) قال الكمال واذا كان كذلك فالاحتياط في منعه (قوله لا بيع البر بالدقيق او السويق) اي سويقه اما سويق الشعير فيجوز (قوله ولا بيع الدقيق بالسويق) اي وهما من البر اما اذا كان احدهما من الشعير والآخر من البر فيجوز كما في الفتح (قوله ولا الزيتون بالزيت والسمسم بالشيرج حتى يكون الزيت والشيرج اكثر مما في الزيتون والسمسم الخ) كذا في الهداية وقال الكمال وفي فتاوى قاضيخان انما يشترط ان يكون الخالص اكثر اذا كان الثفل في البدل الآخر شيأ له قيمة اما اذا كان لا قيمة له كما في الزبد بعد اخراج السمن منه فيجوز مساواة الخارج للسمن الفرز روى ذلك عن ابي حنيفة واعلم ان المجانسة تكون باعتبار ما في الضمن فتمنع النسيئة كما في المجانسة العينية وذلك كالزيت مع الزيتون والشيرج مع السمسم واذا كان احد المتجانسين مطيبا صيره من خلاف جنسه فيجوز بيع قفيز سمسم مطيب بقفيزين غير مطيب ورطل لوز مطبق بورد اوبان او خلاف برطلي لوز غير مطبق ورطل دهن لوز مطبق بزهر النارنج برطلي دهن اللوز الخالص وكذا الزيت المطيب بغير المطيب فجعلوا الرائحة التي فيها بازاء (في) الزيادة على الرطل اه وقوله في الهداية والجوز بدهنه واللبن بسمنه والعنب بعصيره والتمر بدبسه على هذا الاعتبار قال الكمال يعني ان كان

وكل ما نص على تحريم التفاضل فيه وزنا فهو وزني ابدا وان ترك الناس فيه الوزن كالذهب والفضة (لا يغيران بعرف) لان النص اقوى من العرف والاقوى لا يترك بالادنى (بخلاف ما عداها) اى ما عدا الاشياء الستة فان ما لم ينص عليه فهو محمول على عادات الناس لقوله صلى الله عليه وسلم ما رآه المؤمنون حسنا فهو عند الله حسن (فلم يجز بيع البر بالبر متساويا وزنا والذهب بالذهب متساويا كيلا كما لم يجز مجازفة) وان تعارفوا ذلك لاحتمال الفضل على ما هو المعيار فيه الا ان السلم يجوز في الحنطة ونحوها وزنا لوجود السلم فيه معلوم (وجاز بيع الفلس بالفلسين باعيانهما) عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يجوز لان الثمنية تثبت باصطلاح الكل فلا تبطل باصطلاحهما واذا بقيت اثمانا لا تتعين فصار كبيع الدرهم بالدرهمين ولهما ان الثمنية في حقهما ثبتت باصطلاحهما اذ لا ولاية للغير عليهما فتبطل باصطلاحهما واذا بطلت تتعين بالتعيين بخلاف النقود لانها للثمنية خلقة (و) اجاز بيع (الرطب بالرطب وبالتمر و) بيع (التمر بالبسر و) بيع (العنب بالزبيب و) بيع (البر رطبا او مبلولا بمثله او باليابس و) بيع (التمر او الزبيب المنقع بالمنقع منهما و) بيع (الدقيق بمثله) نقل عن محمد بن الفضل ان بيع الدقيق بالدقيق انما يجوز اذا كان مكبوسين والا لم يجز قوله (متساويا) قيد لجواز البيع في الاشياء المعدودة ووجه الجواز انه ان كان بيع الجنس بالجنس بلا اختلاف الصفة جاز متساويا وكذا مع اختلاف الصفة لقوله صلى الله عليه وسلم جيدها ورديها سواء والا جاز كيفما كان لقوله صلى الله عليه وسلم اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم (و) جاز بيع (اللحم بالحيوان و) بيع (اللحوم والالبان المختلفين) اي بيع لحم الغنم بلحم البقر وبالعكس وكذا لبنهما (بعضها ببعض و) بيع (الكرباس بالقطن وبالغزل و) بيع (خل الدقل) وهو اردا التمر (بخل العنب وبيع شحم البطن بالالية وباللحم و) بيع (الخبز بالبر والدقيق متفاضلا) هذا قيد لجواز البيع في الاشياء المعدودة من اللحم الى ههنا وجه جواز متفاضلا اختلاف اجناسها (وبالنسأ) عطف على متفاضلا اي وجاز البيع بالنسأ ايضا (في الاخير) وهو بيع الخبز بالبر والدقيق (وبه يفتى) لحاجة الناس لكن يجب ان يحتاط وقت القبض حتى يقبض من الجنس الذي سمى لئلا يصير استبدالا بالمسلم فيه قبل القبض (لا) بيع (البر بالدقيق او بالسويق او بالنخالة) فان بيعه بها لا يجوز مطلقا) لبقاء المجانسة من وجه لانها من اجزاء البر والمعيار فيها الكيل لكنه غير مستو بينها وبين البر لاكتنازها في الكيل وتخلخل حبات البر فلا يجوز وان كان كيلا بكيل و) لا بيع (الدقيق بالسويق) مطلقا ايضا اذ لا يجوز بيع الدقيق بالمشوية ولا بيع السويق بالحنطة فكذا بيع اجزائهما لقيام المجانسة من وجه (و) لا (الزيتون بالزيت والسمسم بالشيرج حتى يكون الزيت والشيرج اكثر مما

في الزيتون والسمسم) ليكون الدهن بمثله والزيادة بالثجير ولا يلزم الربا وان لم يعلم مقدار ما فيه لم يجز لاحتمال الربا وقدمنا ان الشبهة فيه كالحقيقة (ويستقرض الخبز بوزن لا عدد) عند ابي يوسف لان آحاده متفاوتة بالعدد دون الوزن (وبه يفتى) ذكره الزيلعي (و) يستقرض (الفلوس بهما) اي بالوزن والعدد بالعرف اذ لا نص فيها (والدراهم والدنانير تستقرض (بالوزن فقط) لانهما من الموزونات بالنص (كذا ما ثلثاه خالص) لان الحكم للغالب (وما ثلثه خالص) يستقرض (بعدد ان تعاملوا به وبوزن ان تعاملوا به) لانه ليس مما ورد فيه النص فيحمل على العرف كما مر (ولا يستقرض القيمي) لانه مختص بالمثلي وهو كل شيء يكال او يوزن نحو الحنطة والشعير والسمسم والتمر والزبيب ونحو ذلك وفي التجريد يجوز في العدديات التي لا تتفاوت تفاوتا فاحشا كالبيض والجوز وفي الكافي لان القرض اعارة شرع لاطلاق الانتفاع بالعين غير انه لا يمكن الانتفاع بالمكيل والموزون والعددي المتقارب الا باستهلاك اعيانها وكانت المنفعة عائدة الى ذاتها فاقام المثل في الذمة مقام العين كأنه انتفع بالعين ورده وهذا انما يتأتى في ذوات الامثال ليمكن ايجاب المثل في الذمة لا في الحيوان والثياب اذ لا مثل لهما (ولا ربا بين السيد وعبده مأذونا غير مديون) لان العبد وما في يده حينئذ يكون ملك مولاه فلا يكون بينهما بيع ليتحقق الربا حتى اذا كان عليه دين يتحقق الربا لتحقق البيع (و) لا ربا (بين مسلم وحربي ثمة) اي في دار الحرب لقوله صلى الله عليه وسلم لا ربا بين المسلم والحربي في دار الحرب وكذا اذا تبايعا فيها بيعا فاسدا ذكره الزيلعي فان مالهم مباح وبعقد الامان لم يصر معصوما لكنه التزم ان لا يغدرهم ولا يتعرض لما في ايديهم بلا رضاهم فاذا اخذه برضاهم اخذ مالا مباحا بلا غدر (او من امن ثمة) فان الحربي اذا اسلم ثمة لا يكون بينه وبين مسلم مستأمن في دار الحرب ربا عند ابي حنيفة لان مال من اسلم ثمة لا عصمة له فصار كمال الحربي ويجوز اخذ مال الحربي برضاه للمسلم المستأمن وقالا انه ربا جرى بين مسلمين وهو حرام كذا في الكافي

باب الاستحقاق

لم يذكر الحقوق كما ذكر في سائر المتون لانها ذكرت في اوائل البيوع (هو نوعان) احدهما (مبطل للملك) اي مزيل له بالكلية بحيث لا يبقى لاحد عليه حق التملك (كالحرية الاصلية والعتق وفروعه) كالتدبير والكتابة والاستيلاد (و) ثانيهما (ناقل له) اي للملك من شخص الى شخص (كالاستحقاق بالملك) بان ادعى زيد على بكر ان ما في يده من العبد ملك له وبرهن عليه والنوعان بعد اتفاقهما في انهما

الدهن المقرز والسمن والدبس اكثر مما يخرج من الجوز واللبن والتمر جاز وقد علمت تقييده بما اذا كان الثفل له قيمة والظن ان لا قيمة لثفل الجوز الا ان يكون يباع بقشره فيوقد وكذا العنب لا قيمة لثفله فلا يشترط زيادة العصير على ما يخرج والله اعلم اه (قوله والزيادة بالثجير ولا يلزم الربا) اي لا يلزم حال وجود كثرة الخالص على ما يخرج والا لزم (قوله وبه اي بقول ابي يوسف يفتى) لم يتعرض المصنف لبيان قول الامام ومحمد وقال الكمال ﴿١٨٩﴾ جعل المتأخرون الفتوى على قول ابي يوسف وانا ارى ان قول محمد احسن فان محمدا يقول قد اهدر الجيران تفاوته وبينهم يكون اقتراضه غالبا والقياس يترك بالتعامل فجاز اقتراضه وزنا وعددا اه (قلت) بحث الكمال نص فهو مؤيد به قال شارح المجمع جوز محمد استقراضه وزنا وعدا التعارف الناس على اهدار التفاوت بين آحاده كما اهدر وامابين الجوزتين وعليه الفتوى اه واما ابو حنيفة فقال لا خير في استقراض الخبز عددا او وزنا لانه يتفاوت بالخبز والخباز والتنور باعتبار كونه جديدا او عتيقا او التقديم في التنور والتأخير عنه يتفاوت وجودة خبزه بذلك (قوله حتى اذا كان عليه دين يتحقق الربا) كذا في الهداية وقال الكمال وفي المبسوط ذكر انه لا يتحقق الربا بينهما مطلقا ولكن على المولى ان يرد ما اخذه على العبد لان كسبه مشغول بحق غرمائه فلا يسلم له ما لم يفرغ من دينه كما لو اخذه لا بجهة البيع سواء كان اشترى منه درهما بدرهمين او لا بخلاف المكاتب لانه صار كالحر يدا وتصرفا في كسبه فيجري الربا بينهما اه (قوله وكذا اذا تبايعا فاسدا) قال الكمال وكذا اذا باع منهم ميتة او خنزيرا او قامرهم واخذ المال يحل ذلك عند ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف (قوله لان مال من اسلم ثمة لا عصمة له) لعله اراد بالعصمة التقوم اي لا تقوم له فلا يضمن بالاتلاف لما قال في البدائع معللا لقول ابي حنيفة لان العصمة وان كانت ثابتة فالتقوم ليس بثابت عنده حتى لا يضمن بالاتلاف وعندهما نفسه وماله معصومان متقومان اه والله سبحانه وتعالى اعلم ﴿باب الاستحقاق﴾ (قوله لم يذكر الحقوق) اي في هذا المحل كما ذكر فيه في سائر المتون لانه اي المصنف قدمها في اوائل البيوع لمناسبتها به (قوله هو نوعان) ذكره العمادي من الزيادات

بجعلان المستحق عليه ومن تملك ذلك الشئ من جهته مستحقا عليه حتى ان واحدا منهم لو ادعى واقام البينة على المستحق بالملك المطلق لا تقبل بينته يختلفان بوجه اخر اذ النوع (الاول يوجب انفساخ العقود) الجارية بين الباعة بلا حاجة فى انفساخ كل منهما الى حكم القاضى بلا اختلاف رواية وفرع عليه بقوله (فلكل من الباعة الرجوع على بائعه وان لم يرجع عليه) بصيغة المجهول اى وان لم يحصل الرجوع عليه (ويرجع) هو ايضا كذلك (على الكفيل وان لم يقض على المكفول عنه) فان توقف رجوع البعض على حكم القاضى انما يكون اذا بقى أثر العقد وهو ملك كما فى النوع الثانى واذا لم يبق لم يحتج اليه وايضا بدل الحر ليس بمملوك فلا يجتمع ثمنان فى ملك واحد بخلاف الاستحقاق بالملك كما سيأتى (والحكم بالحرية الاصلية حكم على الكافة) اى كافة الناس (حتى لا تسمع دعوى الملك من احد كذا العتق وفروعه) فان الحرية حق الله تعالى حتى لا يجوز استرقاق الحر برضاه والناس كلهم خصوم فى اثبات حقوق الله تعالى نيابة عنه لكونهم عبيده فكان حضور الواحد كحضور الكل بخلاف الملك لانه حق العبد خاصة فلا ينتصب الحاضر خصما عن الغائب لعدم ما يوجب انتصابه خصما الا ان من تلقى الملك من جهته يصير مقضيا عليه ايضا لتعدى اثر القضاء اليه لاتحاد الملك ومن قضى اليه فى حادثة لم يصير مقضيا له فيما تلك الجهة (واما) الحكم (فى) الملك (المؤرخ فعلى الكافة من التاريخ لا قبله) يعنى اذا قال زيد لبكر انك عبدى ملكتك منذ خمسة اعوام فقال بكر انى كنت عبد بشر ملكنى منذ ستة اعوام فاعتقنى فبرهن على الدفع دعوى زيد ثم اذا قال عمرو لبكر انك عبدى ملكتك منذ سبعة اعوام وانت ملكى الآن فبرهن عليه يقبل ويفسخ الحكم بحريته ويجعل ملكا لعمرو ويدل عليه ان قاضيخان قال فى اول البيوع من شرح الزيادات بعدما حقق المسئلة حق التحقيق فصارت مسائل الباب على قسمين احدهما عتق فى ملك مطلق وهو بمنزلة حرية الاصل والقضاء به قضاء على كافة الناس والثانى القضاء بالعتق فى ملك مؤرخ وهو قضاء على كافة الناس من وقت التاريخ ولا يكون قضاء قبله فليكن هذا على ذكر منك فان الكتب المشهورة خالية عن هذه المسئلة (و) النوع (الثانى لا يوجب انفساخها) اى انفساخ العقود فى ظاهر الرواية لانه لا يوجب بطلان الملك (والحكم) به اى بهذا النوع من الاستحقاق (حكم على ذى اليد حتى يؤخذ المدعى من يده (وعلى من تلقى) ذو اليد (الملك منه) بلا واسطة او وسائط (فلا تسمع دعوى الملك منهم) لكونهم محكوما عليهم تفريع على قوله والحكم به حكم على ذى اليد الى آخره (بل دعوى النتاج) بان يقول بائع من الباعة

(قوله مستحقا عليهم) اى الباعة المعلومين من المقام (قوله حتى ان واحدا منهم) اى الباعة كما صرح به العمادى بعد هذا ووجه عدم قبول البينة قول الكمال ان البينة كما مر هاهنا مبينة لما كان ثابتا فى نفس الامر قبل الشهادة فيظهر بها ما كان قبله فبلية لا تقف عند حد معين ولهذا رجع الباعة بعضهم على بعض ولا يسمع دعوى احدهم انه ملكه لان الكل صاروا مقضيا عليهم بالقضاء على المشترى الاخير كما لو ادعت فى يد الاخير انها حرة الاصل حيث يرجعون (قوله يختلفان بوجه آخر) قال العمادى ووجه الاختلاف ان الاستحقاق الناقل اذا ورد فان كل واحد من الباعة لا يرجع على بائعه ما لم يرجع عليه ولا يرجع على الكفيل ما لم يقض على المكفول عنه اه (قوله والحكم بالحرية حكم على الكافة) قال العمادى ومن ادعى حرية الاصل ولم يذكر اسم امه ولا اسم اب الام وجدها يجوز لانه يجوز ان يكون الانسان حر الاصل وتكون امه رقيقة بان استولد جاريته فالولد علق حر الاصل وان لم تكن الام حرة (قوله والثانى لا يوجب انفساخها) اى فيوجب توقف العقد السابق على اجازة المستحق فاذا لم يجز قيل ينفسخ اذا قبض المستحق وقيل ينفسخ بنفس القضاء والصحيح انه لا ينفسخ ما لم يرجع المشترى على بائعه بالثمن فاذا رجع الآن ينفسخ حتى لو اجاز المستحق بعد ما قضى له او بعد ما قبضه قبل ان يرجع المشترى على بائعه يصح وقال شمس الائمة الحلوانى الصحيح من مذهب اصحابنا ان القضاء للمستحق لا يكون فسخا للبياعات ما لم يرجع كل على بائعه بالقضاء وفى الزيادات روى عن ابى حنيفة انه لا ينتقض ما لم يأخذ العين بحكم القاضى وفى ظاهر الرواية لا ينفسخ ما لم يفسخ وهو الاصح اه ومعنى هذا ان يتراضيا على الفسخ كما فى العمادية وفتح القدير (قوله بل دعوى النتاج بأن يقول بائع من الباعة الخ) اقول هذا لا يصح على الطلاقه لانه انما يتصور فى بائع لم يتلق (حين) الملك من غيره فيصح منه دعوى النتاج عنده لعدم التناقض منه اما من تلقى الملك من غيره فيمتنع دعوى النتاج عنده لانه ان كان النتاج قد وجد عنده حقيقة فاقدامه على الشراء من غيره دليل على عدم بقائه على ملكه ببيعه او هبته او نحوهما فيمتنع دعوى النتاج للتناقض كما

حين رجع عليه بالثمن انا لا اعطى الثمن لان المستحق كاذب لان المبيع نتج فى ملكى او ملك بائعى بلا واسطة اوبها فيسمع دعواه ويبطل الحكم ان اثبت (او تاقى الملك من المستحق) بان يقول انا لا اعطى الثمن لانى اشتريته من المستحق فيسمع ايضا (و لا تعاد البينة للرجوع) هذا ايضا تفريع على قوله والحكم به الى آخره يعنى اذا كان الحكم للمستحق حكما على الباعة فاذا اراد واحد من المشترين ان يرجع على بائعه بالثمن لا يحتاج الى اعادة البينة (و) لكن (لا يرجع احد) من المشترين (على بائعه قبل الرجوع عليه) حتى لا يكون للمشترى الاوسط ان يرجع على بائعه قبل ان يرجع عليه المشترى الاخير (ولا رجع) بصيغة المجهول اى لا يحصل رجوع المحكوم عليه (على الكفيل) اى الضامن بالدرك (قبل القضاء على المكفول عنه) لانه الاصل ومنه يسرى الحكم الى الكفيل وانما لم يرجع قبل الرجوع عليه لئلا يجتمع ثمنان فى ملك شخص واحد لان بدل المستحق مملوك (ثم الرجوع) اى رجوع المشترى بالثمن على البائع (انما يكون اذا ثبت الاستحقاق بالبينة) لما عرفت انها حجة متعدية اما اذا ثبت باقرار المشترى او بنكوله عن اليمين او باقرار وكيل المشترى بالخصومة او بنكوله فلا يوجب الرجوع بالثمن لان اقراره لا يكون حجة فى حق غيره وفى زيادات ابى بكر بن حامد البخارى اشترى دارا واستحقها رجل باقرار المشترى او بنكوله عن اليمين لا يرجع على بائعه بالثمن فان اقام المشترى البينة ان الدار ملك المستحق ليرجع على بائعه بالثمن لا يسمع بينته اما لو اقام البينة على اقرار البائع ان المبيع ملك المستحق تقبل ويؤخذ البائع بالثمن ولو لم يقم بينة على اقرار البائع بذلك ولكنه طلب يمينه بالله ماهى للمدعى كان له ذلك لانه يحتمل ان ينكل عن اليمين فيصير بنكوله كالمقر ويسترد منه الثمن بعد ذلك كذا فى العمادية وهذا مما يجب حفظه والناس عنه غافلون وقد فرع عليه بقوله (فبيعة ولدت) عند المشترى لا باستيلاده (فاستحقت ببينة تبعها ولدها) اى يأخذها المستحق و ولدها (وان اقربها) لرجل (لا) اى لا يتبعها ولدها بل يأخذها المقر له لا ولدها والفرق ان البينة تثبت الملك من الاصل والولد كان متصلا بها يومئذ فيثبت بها الاستحقاق فيهما والاقرار حجة قاصرة يثبت به الملك فى المخبر به ضرورة صحة الخبر وثبت بالضرورة يقدر بقدر الضرورة (التناقض يمنع دعوى الملك) لانه يكون متهما فيها (لا) دعوى (الحرية) اما الحرية الاصلية فلخفاء حال العلوق فان الولد يجلب من دار الحرب صغيرا ولا يعلم بحرية ابيه وامه فيقر بالرق ثم يعلم بحرية ابيه وامه فيدعى الحرية والتناقض فيما فى طريقه خفاء لا يمنع صحة الدعوى واما العارضية فلان المولى ينفرد بالاعتاق والتدبير بلا علم العبد فيجرى فيه ايضا الخفاء فيجعل التناقض فيه عفوا واذا اقام المكاتب بينة على اعتاق سيده قبل الكتابة تقبل لاستقلال سيده بالتحرير (والطلاق) فان المرأة اذا اختلعت ثم اقامت بينة على انه طلقها ثلاثا قبل الخلع فانها تسمع وان تناقضت للخفاء فى تطليقه لاستقلاله به (والنسب) كما اذا قال ليس هذا ابنى ثم قال هذا ابنى فيسمع وكذا اذا قال لست انا بوارث فلان ثم ادعى انه وارثه وبين جهة ارثه يصح

اذا لم يحصل التناج عنده اصلا لما سيذكره المصنف رحمه الله تعالى فى كتاب الدعوى من ان الاستشراء والاستيهاب والاستيداع والاستئجار يمنع دعوى الملك للطالب لان كلا منهما اقرار بان ذلك الشئ ملك لذى اليد فيكون الطلب بعده تناقضا اه والتناقض حاصل من بائع تاقى الملك من غيره يدعى النتاج عنده فتأمل (قوله فبيعة ولدت عند المشترى لا باستيلاده) انما قيد بكونه من غير استيلاده لمكان قوله اى يأخذها المستحق و ولدها والا فالاستيلاد لا يمنع استحقاق الولد بالبينة فيكون ولد المغرور وهو حر بالقيمة لمستحقه ويلزم عقرها بالوطء ويرجع بالقيمة على بائعه لا بالعقر وان مات الولد لا شئ على ابيه كما سيذكر المصنف فى باب دعوى النسب (قوله تبعها ولدها) قال الكمال ويشترط القضاء بالولد بخصوصه وهو الاصح من المذهب لانه اصل يوم القضاء لانفصاله واستقلاله فلا بد من الحكم به وقيل يصير مقضيا به تبعا كما ان ثبوت استحقاقه يكون تبعا اه (قوله وان اقربها لرجل لا يتبعها ولدها) قال الزيلعى عن النهاية الولد انما لا يتبعها فى الاقرار اذا لم يدعه المقر له اما اذا ادعاه كان له لان الظاهر انه له اه

وفرع عليه بقوله (فلو قال رجل) لآخر (اشترني فاني عبد فاشتراه) ثم ادعى الحرية فأثبت حريته ضمن) العبد (ان لم يعلم مكان بائعه) لان المقر بالعبودية ضمن سلامة نفسه او سلامة الثمن عند تعذر استيفائه من البائع بجعل المشتري مغرورا والتغرير في المعاوضة سبب الضمان دفعا للضرر بقدر الامكان فاذا ظهر حريته واهليته للضمان وتعذر الاستيفاء من البائع حكم عليه بالضمان (ورجع) اي العبد (عليه) اي على البائع اذا وجده لانه قضى دينا على البائع وهو مضطر فيه فلا يكون متبرعا كمعير الرهن اذا قضى الدين لتخليص الرهن حيث يرجع على المديون ولو لم يقل اشترني او قاله ولم يقل اني عبد ليس له على العبد شيء (وان علم) اي مكان بائعه (فلا) اي لا يضمن العبد (بخلاف الرهن) فانه اذا قال ارتهني فاني عبد لا يجعل ضامنا لانه مختص بعقد المعاوضة والرهن ليس كذلك بل حبس بلا عوض يقابله وفائدة ذكر المسئلة بطريق التفريع على ذلك الاصل دفع اشكال من اول الامر ذكر في الكتب المشهورة ان الدعوى شرط في حرية العبد عند ابي حنيفة والتناقض يفسد الدعوى (لا عبرة لتاريخ الغيبة) بل العبرة لتاريخ الملك (فلو قال المستحق غابت عني منذ سنة) يعني استحق رجل دابة من يد آخر وقال المستحق عند الدعوى غابت عني هذه الدابة منذ سنة فقبل ان يقضي القاضي بالدابة للمستحق اخبر المستحق عليه البائع عن القصة (فقال البائع لي بينة انها كانت ملكا لي منذ سنتين لا تندفع الخصومة) بل يقضي القاضي بالدابة للمستحق لان المستحق ما ذكر تاريخ الملك بل ذكر تاريخ غيبة الدابة فبقيت دعواه الملك بلا تاريخ والبائع ذكر تاريخ الملك ودعواه دعوى المشتري لان المشتري تلقى الملك منه فصار كان المشتري ادعى ملك بائعه بتاريخ سنتين الا ان التاريخ لا يعتبر حالة الانفراد كما سيأتي فسقط اعتبار ذكره وبقيت الدعوى في الملك المطلق فيقضي بالدابة (العلم بالاستحقاق لا يمنع صحة الرجوع) يعني اذا اشترى شيئا من رجل يعلم انه ليس ملكا له بل لغيره فبعدما استحق ذلك الغير واخذ المشتري من يد المشتري يرجع المشتري على البائع ولا يمنع علمه بالاستحقاق صحة رجوعه (فاذا استولد مشرية يعلم غصب البائع اياها كان الولد رقيقا ويرجع بالثمن) يعني اشترى جارية مغصوبة وهو يعلم ان البائع غاصب فاستولدها كان الولد رقيقا لانعدام الغرور لعلمه بحقيقة الحال ولكن يرجع بالثمن على البائع ولو اقام البائع بينة ان المشتري اقر بعد الشراء بملكية المبيع للمستحق لا يبطل حق الرجوع بالثمن كذا في العمادية (لا يحكم بسجل الاستحقاق بشهادة انه كتاب كذا بل بالشهادة على مضمونه) يعني اذا استحق دابة من يد المشتري ببخارا وقبض المستحق عليه السجل ووجد بائعه بسمرقند واراد الرجوع عليه بالثمن واظهر سجل قاضي بخارا واقام البينة ان هذا كتاب قاضي بخارا لا يجوز لقاضي سمرقند ان يعمل به ويقضي للمستحق عليه بالرجوع بالثمن ما لم يشهد الشهود ان قاضي بخارا قضى ببخارا على المستحق عليه بالدابة التي اشتراها من هذا البائع واخرجها من يد المستحق عليه هذا لان الخط يشبه الخط فلا يجوز الاعتماد على

(قوله ان الدعوى شرط في حرية العبد) يعني مطلقا على الصحيح قال الكمال والصحيح ان دعوى العبد شرط عند ابي حنيفة في حرية الاصل والعتق العارض اه (قوله ولو اقام البائع بينة ان المشتري اقر بعد الشراء بملكية المبيع للمستحق لا يبطل حق الرجوع بالثمن كذا في العمادية) قال قد نقل العمادي قبل هذا عن الذخيرة ما صورته ثم استحقاق المشتري على المشتري انما يوجب الرجوع بالثمن على البائع اذا ثبت الاستحقاق بالبينة اما اذا ثبت باقرار المشتري او بنكوله عن اليمين او باقرار وكيله بالخصومة او نكوله لا يوجب الرجوع بالثمن لان اقراره لا يكون حجة في حق غيره فليتأمل اه

نفس السجل بل يشترط ان يشهدوا على قضاء القاضي و على قصر يد المستحق عليه كذا في العمادية كذا ما سوى نقل الشهادة والوكالة) المراد بما سواهما المحاضر والسجلات والصكوك فان في كل منها تجب الشهادة على مضمون المكتوب لان المقصود بكل منها كونه حجة على الخصم وهو لا يكون الا به بخلاف نقل الوكالة والشهادة فان المقصود بهما حصول العلم للقاضي ولهذا لا يجوز كون شهود الطريق كفارا وان كان الخصم كافرا (قبض كل المبيع فاستحق بعضه بطل البيع في قدره) اي قدر ذلك البعض (فان ورث) اي استحقاق البعض (العيب في الباقي او كان) المستحق (شيئين كشيء واحد) كالسيف بالغمد والقوس بالوتر (خير) المشتري (فيه) اي الباقي وهو ظاهر (والا) اي وان لم يورث عيبا في الباقي ولم يكن شيئين كشيء واحد (لزمه) اي لزم الباقي المشتري (بحصته من الثمن) توضيحه ان البيع اذا بطل في قدر البعض المستحق ينظر ان كان استحقاق ما استحق يورث العيب في الباقي كما اذا كان المعقود عليه شيئا واحدا حقيقيا تبعيضه كالدار والارض والكرم والعبد ونحوها فالمشتري بالخيار في الباقي ان شاء رضي بحصته من الثمن وان شاء رد وكذا اذا كان المعقود عليه شيئين وفي الحكم كشيء واحد فاستحق احدهما فله الخيار في الباقي وان كان استحقاق ما استحق لا يورث عيبا في الباقي كما اذا كان المعقود عليه ثوبين او عبدين فاستحق احدهما او صبرة حنطة او حملة وزني فاستحق بعضه فانه لا ضرر في تبعيضه فلزم الباقي المشتري بحصته من الثمن وليس له الخيار كذا في شرح الطحاوي (او بعضه) عطف على كل المبيع (فاستحق المقبوض او غيره) اي غير المقبوض (بطل) البيع (فيه) اي فيما اذا قبض البعض (ايضا) اي كما بطل في القدر المستحق في صورة قبض الكل (وخير) المشتري (في الباقي) سواء (اورث) استحقاق البعض (العيب فيه او لا) لتفرق الصفقة على المشتري بسبب الاستحقاق قبل التمام (ادعى حقا) مجهولا (في دار فصولح على شيء) كمائة درهم مثلا (فاستحق بعضها) اي بعض الدار (لم يرجع) صاحب الدار (بشيء) من البدل (على المدعي) لجواز ان يكون دعواه فيما بقي وان قل (او) استحق (كلها) اي كل الدار (رد كل العوض) للعلم بأنه اخذ عوض ما لم يملكه فيرد (وان ادعاها) اي الدار كلها (فصولح على شيء) كمائة (فاستحق بعضها) اي بعض الدار (رجع بحصته) لان الصلح على مائة وقع عن كل الدار فاذا استحق منها شيء تبين ان المدعي لا يملك ذلك القدر فيرد بحسابه من العوض (صالح من الدنانير على دراهم وقبضها) اي الدراهم (فاستحقت) اي الدراهم (بعد التفرق رجع بالدنانير) لان هذا الصلح في معنى الصرف فاذا استحق البدل بطل الصلح فوجب الرجوع (جاز اعتاق مشتر من غاصب باجازة بيعه) يعني لو غصب رجل عبدا او باعه فأعتقه المشتري فاجاز المالك بيع الغاصب جاز عتقه عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد لا يجوز اذ لا عتق بدون الملك لقوله صلى الله عليه وسلم لا عتق فيما لا يملك ابن آدم والموقوف لا يفيد الملك ولو افاد يثبت مستندا وهو ثابت من وجه دون وجه وللصحيح له الملك الكامل للحديث ولهما ان

(قوله جاز اعتاق مشتر من غاصب باجازة بيعه) كذا لو ادى الغاصب الضمان وكذا وقف الارض المشتراة من غاصبها كما في الفتح

٤٠

الملك يثبت موقوفا بتصرف مطلق موضوع لافادة الملك فيتوقف الاعتاق من اهليه وينفذ بنفاذه وصار كاعتاق المشترى من الرهن واعتاق الوارث عبدا من تركة مستغرقة بالدين حيث يصح وينفذ اذا قضى الدين بعده (لابيعه) اى لا يجوز بيع المشترى من الغاصب بعد ما اجاز المالك بيع الغاصب اذ بالاجازة يثبت للبائع وهو المشترى الاول ملك بات فاذا طرأ على ملك موقوف لغيره ابطله لاستحالة اجتماع الملك البات والملك الموقوف فى محل واحد (باع عبد غيره بغير امره وبرهن المشترى على اقرار البائع او المولى انه لم يأمر بالبيع واراد رد المبيع لم يقبل) للتناقض فى الدعوى اذا قدمه على الشراء اقرارا منه بصحته ونفاذه لان الظاهر من حال المسلم العاقل مباشرة العقد الصحيح النافذ والبينة مبنية على دعوى صحيحة فاذا بطلت لا تقبل البينة (وان اقر البائع به عند القاضى بطل ان طلب المشترى) لان التناقض لا يمنع صحة الاقرار لانه غير متهم فيه فان من انكر شيأ ثم اقر به صح اقراره بخلاف الدعوى لانه متهم فيه فللمشترى ان يساعده عليه فيتحقق الاتفاق بينهما فلهذا شرط طلب المشترى (باع دار غيره بلا امره واعترف بالغصب وانكر المشترى لم يضمن البائع) قال فى الكنز من باع دار غيره فادخلها المشترى فى بنائه لم يضمن البائع وقال الزيلعى معنى المسئلة اذا باع دار غيره بغير اذنه ثم اعترف البائع بالغصب وانكر المشترى لم يضمن البائع الدار لان اقرار البائع لا يصدق على المشترى ولا بد من اقامة البينة حتى يأخذها فاذا لم يقم المستحق وهو صاحب الدار البينة كان التلف مضافا الى عجزه عن اقامة البينة لا الى عقد البائع لان الغاصب لا يجوز بيعه فعلى هذا التقرير يعلم ان قوله وادخلها المشترى فى بنائه وقع اتفاقا اذ لا تأثير للادخال فى البناء فى ذلك ولهذا ترك تلك العبارة ههنا

باب السلم

(هو) لغة بمعنى السلف فانه اخذ عاجل بآجل سمى به هذا العقد لكونه معجلا على وقته فان وقت البيع بعد وجود المبيع فى ملك البائع والسلم عادة يكون بما ليس بموجود فى ملكه فيكون العقد معجلا وهو مشروع بالكتاب وهو قوله تعالى اذا تداينتم بدين الى اجل مسمى الآية فانها تشمل السلم والبيع بثمن مؤجل وتأجيله بعد الحلول والسنة وهى قوله صلى الله عليه وسلم من اسلم منكم فليسلم فى كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم والاجماع ويأباه القياس لانه بيع المعدوم لكنه ترك لما ذكر ولم يستدل بما روى انه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص فى السلم لان محمد بن العز الحنفى قال فى حواشى الهداية هذا اللفظ هكذا لم يروه احد من الصحابة فى كتب الحديث وكانه من كلام واحد من الفقهاء وشرعا (بيع الشئ على ان يكون) ذلك الشئ (دينا على البائع بشرائط معتبرة شرعا) وسيأتى بيانها (والبائع) فى اصطلاح (مسلم اليه والمشترى رب السلم والمبيع مسلم فيه والثمن رأس المال ويصح فيما يعلم قدره) اى مقداره اعم من الكيل والوزن والذرع (وصفته) اى جودته ورداءته ونحو ذلك (كالمكيل والموزون الثمن) (احتراز)

باب السلم

(قوله والسنة وهو قوله صلى الله عليه وسلم من اسلم الخ) كذا استدل به فى الهداية عند قوله وهو جائز فى المكيلات والموزونات (قوله ولم يستدل بما روى انه عليه السلام نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص فى السلم الخ) اقى وروده اصلا فى كتب الحديث فيه تأمل واحسن منه قول الكمال لفظ الحديث كما ذكره المصنف فيه غرابة وان كان فى شرح مسلم للقرطبى ما يدل على انه عثر عليه بهذا اللفظ قيل والذى يظهر انه حديث مركب من حديث النهى عن بيع ما ليس عند الانسان رواه اصحاب السنن الاربعة عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده عن النبى صلى الله عليه وسلم لا يحل سلف وبيع الى ان قال ولا تبع ما ليس عندك قال الترمذى حسن صحيح وتقدم والرخصة فى السلم رواه الستة عن ابى المنهال عن ابن عباس رضى الله عنهما قال قدم النبى صلى الله عليه وسلم والناس يسلفون فى التمر السنة والسنتين والثلاث فقال من اسلف فى شئ فليسلف فى كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم وفى البخارى عن عبد الله بن ابى اوفى قال انا كنا نسلف على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وابى بكر وعمر رضى الله عنهما فى الحنطة والشعير والتمر والزبيب اه (قوله وشرعا بيع الشئ الخ) اشارة الى ركنه وهو الايجاب والقبول واشارة الى انه كما ينعقد بلفظ السلم ينعقد بلفظ البيع وهو الاصح كما فى الحبط والتبيين وعلى انعقاد البيع بلفظ السلم اتفاق الروايات كما فى شرح المجمع

(قوله احترازمن الدنانير والدراهم) اخرج الفلوس لانه يجوز السلم فيها الا انها سلع باعتبار الاصل والسلم فى التبر لا يجوز على قياس رواية الصرف لانه الحقه بالمضروب وعلى رواية الشركة يجوز لانه الحقه بالعروض وهو رواية عن ابى يوسف ايضا انه كالعروض كما فى المحيط (قوله والعددى المتقارب) اى عدا ويجوز ايضا كيلا كما فى التبيين وقال فى شرح المجمع ذكر فى المختلف يجوز السلم فى الجوز والبيض عددا وكيلا ووزنا عندنا (قوله ووزنه ان بيع به) اى بالوزن كذا قال الزيلعى وان كان ثوب حرير يباع بالوزن لا بد من بيان وزنه مع ذلك اى الذرع والصفة والصنعة لانه يصير معلوما به اه وقال فى شرح المجمع وفى الايضاح فى الديباج والحرير من المذروعات لا يكفى ذكر الذرع والصفة بل لا بد من بيان الوزن لانهما يختلفان باختلاف الوزن فان الديباج كلما ثقل وزنه ازدادت قيمته والحرير كلما خف وزنه ازدادت قيمته فلا بد من بيانه اه (قوله ولا يقال مالح الا فى لغة رديئة) قال فى الجوهرة احتجوا لها بقول الشاعر * بصرية تزوجت بصريا * يطعمها المالح والطريا * والحجة للغة الفصيحة قوله تعالى وهذا ملح اجاج اى شديد الملوحة اه (قوله وزنا)

احترازعن الدنانير والدراهم فانهما من الموزونات لكنها ليست بمثمنة بل اثمان فلا يجوز فيها السلم (والعددى المتقارب كالجوز والبيض والفلس واللبن والآجر بقالب معين والذرعى كالثوب مبينا قدره) اى طوله وعرضه (وصفته) اى غلظه ورقته (ووزنه ان بيع به) اى بالوزن (فصح فى السمك المليح) اى القديد بالملح يقال سمك مليح ومملوح ولا يقال مالح الا فى لغة رديئة (والطرى حين يوجد) غير مقيد بوقت دون وقت حتى لو كان فى بلد لا ينقطع يجوز مطلقا (وزنا وضربا) اى نوعا (معلومين) قيد المليح والطرى (و) صح (فى الثياب والقمقمة والخفين اذا عين) كل منهما بما يرفع النزاع (لا فيما لا يعلم) اى قدره وصفته عطف على قوله فيما يعلم قدره وصفته (كالحيوان واطرافه واللحم والجلود عددا) قيد الجلود (والحطب حزما) جمع حزمة وهى بالفارسية بند هيزم (والرطبة جرزا) جمع جرزة وهى بالفارسية دسته تره (والجوهر والخرز) بالتحريك الذى ينظم فان فى كل منهما تفاوتا فاحشا يمنع السلم حتى ان بين الطول والعرض والصفة فى الجلود وقدر ما يشد به الحزمة جاز (والمنقطع) اى ولا فيما انقطع ولم يوجد من حين العقد (الى) حين (المحل) اى الاجل بان استغرق العدم جميع الوقت من العقد الى الاجل (و) لا (بكيل او ذراع معين لم يعلم قدره) لان التسليم يتأخر فيه فربما يضيع فيؤدى الى المنازعة (و) لا (ببر قرية او تمر نخلة معينة) اذ قد تعتريه آفة فلا يقدر على التسليم (وشرط صحته بيان الجنس) كبر وشعير (والنوع) كسقيه وبخسيه (والصفة) كجيد وردئ (والقدر) نحو كذا كيلا لا ينقبض ولا ينبسط (والاجل واقله شهر فى الاصح) وقيل ثلاثة ايام وقيل اكثر من نصف يوم (وقدر رأس المال فى الكيلى والوزنى والعددى) يعنى يشترط بيان قدر رأس المال وان كان مشارا اليه فيما يتعلق العقد

اشارة الى انه لا يجوز السلم فى السمك المليح والطرى عددا لانه متفاوت واما السمك الصغار اذا كان يكال فالصحيح انه يجوز السلم فيه كيلا ووزنا كذا فى الجوهرة وسواء فيه الطرى المملوح كما فى فتح القدير (قوله كالحيوان) شامل جميع انواعه حتى العصافير لان النص لم يفصل كذا فى التبيين (قوله واللحم) اطلقه فشمل منزوع العظم وفيه روايتان اصحهما المنع عند ابى حنيفة واجازه مطلقا كالالية والشحم والسمك وزنا وبه يفتى لان اللحم موزون مضبوط اذا بين وصفه وموضعه كما فى مواهب الرحمن وشرح المجمع وقال فى المحيط لو اسلم فى منزوع العظام جاز فى رواية عنه اى الامام وهو الاصح اه فصار المفتى على قول الامام لهذه الرواية موافقة لقولهما (قوله والجلود عددا) يشير الى انه يجوز وزنا قال الزيلعى اذا كانا يباعان وزنا يجوز السلم فيهما بالوزن اه (قوله والجوهر) هذا فى الكبار منه ويجوز فى صغار اللؤلؤ وزنا لانه يعلم به كذا فى شرح المجمع (قوله وقدر ما يشد به الحزمة) قال الزيلعى لو عرف ذلك بان بين الحبل الذى يشد به الحطب والرطبة وبين طوله وضبط ذلك بحيث لا يؤدى الى النزاع جاز (قوله المحل) مصدر ميمى بكسر الحاء بمعنى الحلول (قوله بان استغرق العدم جميع الوقت) ليس شرطا حتى لو كان منقطعا عند العقد موجودا عند المحل او بالعكس او منقطعا فيما بين ذلك لا يجوز وحد الانقطاع ان لا يوجد فى الاسواق وان كان فى البيوت كذا فى التبيين (قوله ولا ببر قرية) قيد بقرية لانه لو اسلم فى طعام ولاية يجوز لان حصول الآفة لطعام الولاية نادر وهذا اذا نسب الى قرية ليؤدى من طعامها واما اذا نسب اليها لبيان وصف الطعام فالسلم جائز كذا فى شرح المجمع (قوله وشرط صحته الخ) بان الشروط التى تذكر فى العقد ومحصلها انه يشترط فى العقد بيان ضبط المسلم فيه وبيان ضبط رأس المال المكيل او الموزون او المعدود وذلك اى ضبط كل منهما اى المسلم فيه ورأس مال بذكر جنسه ونوعه وصفته وقدره فهذه الاربعة تذكر فى كل من المسلم فيه ورأس المال ويشترط لدوام صحة العقد تسليم رأس المال فى مجلس العقد ونقد الدراهم لتمييز الجيد من الردئ وخلوص البدلين من احد وصفى علة الربا وهو القدر او الجنس كاسلام الهروى فى الهروى والحنطة فى الشعير والحديد فى الرصاص وكون المسلم فيه مما يتعين بالتعيين لتخرج النقود والاجل

على مقداره كالمكيل والموزون والمعدود (المتقارب) كالجوز والبيض وقالا لا يشترط معرفة القدر بعد التعيين بالاشارة حتى لو قال لغيره اسلمت اليك هذه الدراهم فى كر بر ولم يدر وزن الدراهم اوقال اسلمت اليك هذا البر فى كذا منا من الزعفران ولم يدر قدر البر لا يصح عنده وعندهما يصح واجمعوا على ان رأس المال اذا كان ثوبا او حيوانا يصير معلوما بالاشارة (ومكان ايفاء ماله حمل ومؤنة والا) اى وان لم يكن لحمله مؤنة (فوفيه حيث شاء) وهو الاصح لان الاماكن كلها سواء ولا وجوب فى الحال (كذا الثمن) اى الثمن المؤجل بان باع عبدا حاضرا بابر موصوف فى الذمة الى اجل حيث يشترط بيان مكان الايفاء (والقسمة) بان اقتسما دارا وشرط احدهما على صاحبه شيئا له حمل ومؤنة لزيادة غرس او بناء فى نصيبه يشترط بيان مكان الايفاء (والاجر) بان استأجر دارا او دابة بما لحمله مؤنة دينا فى الذمة يشترط بيان مكان الايفاء (وشرط بقائه) اى بقاء صحة السلم (قبض رأس ماله قبل الافتراق) فانه ينعقد صحيحا ثم يبطل بالافتراق لا عن قبض (فان اسلم مائة نقدا ومائة على المسلم اليه فى كر بر بطل فى حصة الدين) لانتفاء القبض والمجلس وجاز فى حصة النقد لاجتماع شرائطه ولا يشيع الفساد لانه طار لوقوع السلم صحيحا ابتداء حتى لو نقد رأس المال فى المجلس صح (لا يتصرف فى رأس المال والمسلم فيه قبل القبض) اما الاول فلان فيه تفويت القبض الواجب بالعقد واما الثانى فلان المسلم فيه مبيع والتصرف فيه قبل قبضه لا يجوز كامر (بشركة) متعلق بقوله لا يتصرف بان يقول رب السلم اعطنى نصف رأس المال ليكون نصف المسلم فيه لك (او تولية) بان يقول اعطنى مثل ما اعطيت المسلم اليه ليكون المسلم فيه لك (او نحوهما) وانما خصهما بالذكر لانهما اكثر وقوعا من المرابحة والوضيعة وفرع على قوله لا يتصرف الى آخره بقوله (فان تقايلا السلم لم يشتر) اى رب السلم (من المسلم اليه شيئا برأس المال حتى يقبضه) كله لئلا يلزم التصرف فى رأس المال قبل قبضه (اشترى كرا وامر رب السلم بقبضه قضاء لم يصح) يعنى اسلم كرا فلما حل الاجل اشترى المسلم اليه من رجل كرا وامر رب السلم بقبضه قضاء لم يكن قضاء وان امره ان يقبضه له ثم يقبضه لنفسه فاكتاله له ثم اكتاله لنفسه جاز لاجتماع الصفقتين بشرط الكيل فلا بد من الكيل مرتين لنهى النبى صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام حتى يجرى فيه صاعان (وان امر مقرضه صح) يعنى ان لم يكن سلما وكان قرضا فامر مقرضه بقبض الكر جاز لان القرض اعارة ولهذا ينعقد بلفظ اعارة فكان المردود عين المأخوذ مطلقا حكما فلا يجتمع الصفقتان (كذا) اى صح ايضا فى الصورة الاولى (لو اشترى المسلم اليه كرا و(امر رب السلم بقبضه له) اى لاجل المسلم اليه (ثم لنفسه ففعل) اى اكتاله للمسلم اليه ثم اكتاله لنفسه وانما صح لاجتماع الكيلين (ولو امره رب السلم) اى امر رب السلم المسلم اليه ان يكيل المسلم فيه (فى ظرف رب السلم فكال فى ظرفه بغيبته او امر المشترى البائع فكال فى ظرفه) اى ظرف البائع (لم يكن قبضا) لان الامر بالكيل لم يصح لعدم مصادفته ملك الآمر لان حقه فى الدين لا العين

والمحيط وغيرهما (قوله فوفيه حيث شاء وهو الاصح) كذا فى الهداية وهو رواية الاجارات اه وقال فى المحيط وفى رواية البيوع والجامع الصغير يتعين وهو الاصح وهو قولهما اه وقال الزيلعى وهو الاظهر من قولهما اه ثم قال فى المحيط واذا شرط مكانا آخر فيما لا حمل له ولا مؤنة فى رواية لا يتعين لانه لا يفيد والمروى فى رواية يتعين وهو الاصح لانه يفيد لان قيمته تختلف باختلاف الاماكن اه (قوله كذا الثمن الخ) قول ابى حنيفة وعندهما يتعين موضع العقد والقسمة كذا فى شرح المجمع وقال قبله مكان القرض والغصب والاستهلاك يتعين للايفاء اتفاقا من المحيط اه وقال فى المحيط لو اشترى طعاما بطعام من جنسه وشرط احدهما التوفية الى منزله لم يجز بالاجماع كيفما كان لان فى احد الجانبين زيادة بدل وهو الحمل والايفاء اه (قوله ثم يبطل بالافتراق لا عن قبض) قال فى الهداية اما اذا كان رأس السلم من النقود فلانه افتراق عن دين بدين وقد نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن الكالئ بالكالئ وان كان عينا فلان السلم اخذ عاجل بآجل فلا بد من قبض احد العوضين ليتحقق معنى الاسم ولانه لا بد من تسليم رأس المال لينقلب المسلم اليه فيه فيقدر على التسليم ولذا قلنا لا يصح السلم اذا كان فيه خيار الشرط لهما او لاحدهما لانه يمنع تمام القبض وكذا لا يثبت فيه خيار الرؤية لانه غير مفيد بخلاف خيار العيب لانه لا يمنع تمام القبض (قوله فان اسلم مائة نقدا ومائة على المسلم اليه الخ) اشار به الى انه لو كان العين والدين مختلفى الجنس بان اسلم مائة درهم وعشرة دنانير دينا او عكسه لا يجوز فى الكل اما حصة الدين فلما ذكرنا واما حصة العين فلجهالة ما يخصه وهذا عنده وعندهما يجوز فى حصة العين كذا فى التبيين

(نسار)

فصار المسلم اليه مستعير الظرف رب السلم وواضعا ماملك نفسه فيها (بخلاف كيله فى ظرف المشترى بأمره) يعنى لو اشترى مثلا حنطة معينة فأمر المشترى البائع ان يكيله فى ظرف المشترى بغيبته صار قابضا لانه ملك الحنطة بالشراء فأمره صادف ملكه (كيل العين ثم كيل الدين فى ظرف المشترى قبض وعكسه لا) صورته رجل اسلم فى كر حنطة فلما حل الاجل اشترى رب السلم من المسلم اليه كر حنطة بعينها ودفع رب السلم ظرفا الى المسلم اليه ليجعل الكر المسلم فيه والكر المشترى فى ذلك الظرف فان بدأ بكيل العين المشترى فى الظرف صار قابضا للعين لصحة الامر فيه وللدين المسلم فيه لمصادفته ملكه كمن استقرض حنطة وامر المقرض ان يزرعها فى ارضه وان بدأ بالدين لم يصر قابضا لشئ منهما اما الدين فلعدم صحة الامر فيه واما العين فلانه خلطه بملكه قبل التسليم فصار مستهلكا عند ابى حنيفة فينتقض البيع وهذا الخلط غير مرضى به لجواز ان يكون مراده البداية بالعين وعندهما بالخيار ان شاء نقض البيع وان شاء شاركه فى المخلوط لان الخلط ليس باستهلاك عندهما (اسلم امة فى كر وقبضت) اى قبضها المسلم اليه (فتقايلا فماتت بقى) اى التقايل (او ماتت فتقايلا صح) اى التقايل (وعليه) اى على المسلم اليه (قيمتها يوم قبضه (فيهما) اى فى الموت بعد التقايل وقبله يعنى اذا اشترى كرا بعقد السلم وجعل رأس المال امة وسلمها الى المسلم اليه ثم تقايلا عقد السلم ثم ماتت الامة فى يد المسلم اليه بقى التقايل ولو ماتت وتقايلا صح التقايل لان الجارية رأس المال وهو فى حكم الثمن فى العقد والمبيع هو المسلم فيه وصحة الاقالة تعتمد قيام المبيع لا الثمن كامر فهلاك الامة لا يغير حال الاقالة من البقاء فى الاول والصحة فى الثانية فاذا انفسخ العقد فى المسلم فيه انفسخ فى الجارية تبعا فوجب عليه فوجب ردها وقد عجز عنه فوجب رد قيمتها (كذا المقايضة) وهى بيع العين بالعين كامر (فى وجهيه) يعنى تبقى الاقالة وتصح بعد هلاك احد العوضين لان كل واحد منهما مبيع من وجه وثمن من وجه ففى الباقى يعتبر المبيعية وفى الهالك الثمنية (بخلاف الشراء بالثمن فيهما) يعنى اذا اشترى امة بالف فتقايلا فماتت فى يد المشترى بطلت الاقالة ولو تقايلا بعد موتها فالاقالة باطلة لان الامة هى الاصل فى البيع فلا تبقى بعد هلاكها فلا تصح الاقالة ابتداء ولا تبقى انتهاء لعدم محلها (القول لمدعى الرداءة والاجل) اى اذا اختلف عاقدا السلم فى شرط الرداءة والاجل فالقول لمدعيهما اما الرداءة فبأن يقول المسلم اليه شرطنا الردئ وقال رب السلم لم نشترط شيأ ليكون العقد فاسدا فالقول للمسلم اليه لان رب السلم متعنت فى انكاره الصحة لان المسلم فيه زائد على رأس المال عادة ولو ادعى رب السلم شرط الرداءة وقال المسلم اليه لم نشترط شيأ فالقول لرب السلم لانه يدعى الصحة وبالجملة القول فى الصورتين لمدعى الصحة عنده وللمنكر عندهما واما الاجل فايهما ادعاه فالقول له عنده لانه يدعى الصحة وللمنكر عندهما (الاستصناع) وهو ان يقول لصانع كالخفاف اصنع لى من مالك خفاء من هذا الجنس بهذه الصفة بكذا (باجل) كأن يقول الى شهر مثلا (سلم) سواء (تعاملوا) نحو خف وطست وقمقمة ونحوها (اولا) كالثياب ونحوها اما كون

(قوله واما العين فلانه) اى المأمور خلطه وهذا الخلط غير مرضى به يعنى لم يرض به الآخر (قوله وعندهما بالخيار ان شاء نقض البيع الخ) كذا فى الهداية ونقل الزيلعى عن قاضيخان انه عند ابى يوسف يصير قابضا لهما جميعا كما اذا بدأ بالعين وقال محمد يصير قابضا للعين دون الدين وخلط المأمور باذن المشترى بالعين قبل قبضه اه ملخصا (قوله القول لمدعى الرداءة والاجل) اى اصل الاجل مطلقا وقيل القول قوله الى ادنى الآجال وذلك شهر وفيما زاد عليه لا يقبل الا ببينة وان اختلفا فى قدر الاجل فالقول للطالب اى رب السلم مع يمينه لانه ينكر زيادة ما يستفاد من جهته وان اختلفا فى مضيه فالقول للمطلوب انه لم يمض لان الطالب يدعى عليه ايفاء الحق بمضى المدة والمطلوب ينكر وان اقاما البينة قبلت بينة المطلوب لانها تثبت زيادة اجل فتكون اكثر اثباتا كذا فى الضبط (قوله واما الاجل فايهما ادعاه فالقول له عنده لانه يدعى الصحة وللمنكر عندهما) اقول تعميم الخلاف سهو بل الخلاف انما هو فيما اذا ادعى المسلم اليه الاجل فيصدق عند ابى حنيفة بيمينه لا عندهما واما اذا ادعاه رب السلم فيصدق اتفاقا نص عليه فى التبيين والهداية والجمع والمواهب والضبط موضحا بالتعليل

قوله المبيع هو العين) قول الجمهور وهو الاصح كما في التبيين (قوله وله اى للآمر الخيار) اى دون الصانع وهو الاصح وعن ابى حنيفة ان الصانع له الخيار ايضا وعن ابى يوسف لا خيار لواحد منهما كذا في الهداية ﴿١٩٨﴾ (قوله ولم يصح اى السلم فى غير المتعامل كالثوب الا بأجل) لعل صوابه ولم يصح اى الاستصناع لانه المتحدث عنه كما يفصح عنه شرحه بقوله يعني لو امر حائكا ان ينسج الخ على ان هذا مستدرك بما قدمه من قوله الاستصناع باجل سلم تعاملوا اولا (قوله كالكلب) لا فرق فيه بين جميع انواع الكلاب المعلم وغير المعلم وشرط شمس الائمة لجواز بيع الكلب كونه معلما او قابلا للتعليم كما في التبيين وفي المحيط يجوز بيع الكلب مذبوحا لطهارة جلده ولحمه اه (قوله والسباع) شامل للقرد فيجوز بيعه في الصحيح كما في التبيين وكذا يجوز بيع لحومها ولحوم الحمر المذبوحة في الرواية الصحيحة لانه طاهر منتفع به من حيث ايكال الكلاب والسنانير بخلاف لحم الخنازير لانه لا يجوز ان يطعم الكلاب والسنانير كذا في المحيط اه قلت وهذا ظاهر على تصحيح طهارة اللحم بالذكاة الشرعية واما على اصح التصحيحين من انها لا تطهر الا الجلد دون اللحم فلا يصح بيع اللحم اه (قوله لانه مال متقوم آلة الاصطياد) يشير الى انه لا يجوز بيع هوام الارض لعدم الانتفاع بها كالحية والعقرب والوزغ والعظاية والقنافذ ونحوها ويجوز بيع العلق في الصحيح لتمول الناس واحتياجهم اليه لمعالجة مص الدم من الجسد بوضعها عليه كما في المحيط (قوله وطء زوج المشتراة قبض) كذا العتق والتدبير لان المالية قد تلفت بثبوت الحرية حقيقة او حقه ومن ضرورته يصير قابضا كذا في التبيين (قوله اشترى شيأ فغاب) يعني قبل القبض بخلاف ما اذا غاب المشتري بعد القبض حيث لا يجيب الحاكم البائع لان حقه غير متعلق بالمبيع (الى) حينئذ كما في التبيين (قوله فبرهن البائع على بيعه وعدم قبضه) فيه شهادة على النفي وهي غير مقبولة ويمكن الجواب بان هذه البينة ليست للقضاء بل لنفي التهمة وانكشاف الحال فبعد الانكشاف يحمل القاضي بموجب اقرار البائع ولذا لا يحتاج الى خصم حاضر

الاستصناع باجل سلما اذا لم يتعاملوا فبالوفاق واما اذا تعاملوا فعند ابى حنيفة يصير سلما وعندهما لا لان اللفظ حقيقة للاستصناع فيحافظ على مقتضاه ويحمل الاجل على التعجيل بخلاف ما لا تعامل فيه لانه استصناع فاسد فيحمل على السلم الصحيح وله انه دين يحتمل السلم وجواز السلم باجماع لا شبهة فيه وفي تعاملهم الاستصناع نوع شبهة فكان الحمل على السلم اولى (و) الاستصناع (بدونه) اى بدون الاجل (صح) استحسانا للاجماع الثابت بالتعامل من زمن النبي صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا وفي القياس لا يجوز لانه بيع المعدوم والصحيح انه يصح (بيعا لا عدة) كما نقل عن الحاكم الشهيد وفرع على قوله صح بيعا بقوله (فالصانع يجبر على عمله) ولو كان عدة لم يجبر وبقوله (والآمر لا يرجع عنه) ولو كان عدة لجاز رجوعه (المبيع هو العين لا عمله) كما ذهب اليه ابو سعيد البردعي قولا بان الاستصناع استفعال من الصنع وهو العمل وفرع على كونه العين بقوله (فلو جاء) اى الصانع (بما صنعه غيره قبل العقد او غيره) عطف على ضمير صنعه وجاز للفصل (صح) ولو كان المبيع عمله لما صح (ولا يتعين) اى المبيع (له) اى للآمر (بلا رضاه فصح بيعه قبل رؤية الآمر) ولو تعين له لما صح بيعه (وله) اى للآمر (الخيار) بعد رؤيته لانه اشترى ما لم يره (ولم يصح) اى السلم (في غير المتعامل كالثوب الا بأجل) يعني لو امر حائكا ان ينسج له ثوبا بغزل من عنده بدراهم معلومة لم يجز اذ لم يجر فيه التعامل فبقي على اصل القياس الا اذا شرط فيه الاجل وبين شرائط فحينئذ يجوز بطريق السلم

مسائل شتى

جمع شتيت بمعنى المتفرق (صح بيع كل ذي ناب او مخلب) كالكلب والفهد والسباع والطيور الجوارح علمت اولا لانه متقوم آلة الاصطياد (الا الخنزير) لانه نجس العين (والذمي فيه) اى في البيع (كالمسلم) لقوله صلى الله عليه وسلم فاعلمهم ان لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين ولانهم مكلفون محتاجون كالمسلمين (الا في بيع الخمر والخنزير) فان عقدهم فيهما كعقد المسلم على العصير والشاة (وميتة لم تمت حتف انفها) فانها كالخنزير وانما قال لم تمت حتف انفها لان الموقوذة كذلك بطل بيعها اتفاقا لانها ليست بمال عند احد وقدمر في البيع الفاسد وفرع على قوله والمسلم فيه كالذمي بقوله (فاذا اشترى) اى الذمي (عبدا مسلما او مصحفا يصح) لدخوله تحت اطلاق الحديث (ويجبر على بيعه) لان في ابقائه في يده اذلاله (وطء زوج المشتراة قبض لا نكاحها) يعني اذا اشترى جارية وزوجها قبل قبضها صح فان وطئها زوجها فقد قبضت للمشتري والا فلا يكون بمجرد تزويجها قابضا لها (اشترى عبدا فغاب فبرهن البائع على بيعه) وعدم قبض ثمنه (ان علم مكانه لم يبع لدينه) اى دين البائع لامكان ان يصل البائع

الى حقه بدون البيع وفيه ابطال حق المشترى (والا) اى وان لم يعلم مكانه (بيع العبد) وادى الثمن لان ملك المشترى ظهر باقرار البائع فيظهر على الوجه الذى اقر به مشغولا بحقه واذا تعذر استيفاؤه يبيعه القاضى كالراهن اذا مات مفلسا يبيع القاضى الرهن ويقضى الدين (وان اشتريا) اى ان كان المشترى اثنين (وغاب احدهما فللحاضر دفع كل الثمن وقبضه) اى المبيع (وحبسه حتى ينقد شريكه) لانه مضطرب فى الدفع اذ لا يمكنه الانتفاع بنصيبه الا باداء جميع الثمن لان البيع صفقة واحدة وله حق الحبس مابقى شىء والمضطرب يرجع كمعير الرهن واذا كان له ان يرجع عليه كان له حق الحبس عنه الى ان يستوفى حقه كالوكيل بالشراء اذا قضى الثمن من مال نفسه (باع) شيئا (بألف مثقال ذهب وفضة نصفا) اى الذهب والفضة (به) اى بالمثقال بان يجب خمسمائة مثقال من الذهب وخمسمائة مثقال من الفضة لانه اضاف المثقال اليهما على السواء (و) باع شيئا (بالف من الذهب والفضة نصفا) اى الذهب والفضة (بمثقال ودرهم وزن سبعة) اى يجب من الذهب مثاقيل ومن الفضة دراهم وزن سبعة لانه اضاف الالف اليهما فينصرف الى الوزن المعهود فى كل منهما (قبض زيفا عن جيد بلا علم وتلف كان قضاء) يعنى اذا كان له على آخر عشرة دراهم جياد فقضاه زيوفا وهو لا يعلم فانفقها او هلكت فهو قضاء عند ابى حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يرد مثل زيوفه ويرجع بجياده لان حقه فى الوصف مرعى كحقه فى الاصل ولا يمكن رعايته بايجاب ضمان الوصف اذ لا قيمة له عند المقابلة بجنسه فوجب الرجوع الى ما قلنا ولهما انه من جنس حقه حتى لو تجوز به فيما لا يجوز الاستبدال جاز فيقع به الاستيفاء ولا يبقى حقه الا فى الجودة ولا يمكن تداركها بايجاب ضمانها للمر ولا بايجاب ضمان الاصل لانه ايجاب له عليه ولا نظير له كذا فى الكتب المشهورة قال صدر الشريعة يرد عليه ان مثل هذا فى الشرع كثير فان جميع تكاليف الشرع من هذا القبيل لانها ايجاب ضرر قليل لاجل نفع كثير اقول ليس شىء من تكاليف الشرع من هذا القبيل فان الضرر فيها دنيوى والنفع اخروى ولا يجوز للعبد ترك النفع الاخروى لانه حق الله تعالى بخلاف ما نحن فيه فان الضرر والنفع فيه دنيويان ويجوز للعبد ترك النفع الدنيوى لانه حقه ولهذا جاز التجوز به كما مر والعثور على صدور امثال هذا عن هذا الفاضل يتبادر الى الظن انه كثيرا ما يغفل عن دقائق هذا الفن (افرخ طير او باض او تكنس ظبى فى ارضه) قيد للجميع (كان) كل من الفرخ والبيض وولد الظبية (للآخذ) لا لرب الارض لانه مباح سبقت يده اليه (كصيد تشبث بشبكة نصبت للجفاف ودرهم او سكر نثر فوقع على ثوب لم يعد له) اى سابقا (ولم يكف) اى لاحقا حتى اذا اعد الثوب لذلك فهو لصاحب الثوب وكذا اذا لم يعد لكن لما وقع فيه كفه صار بهذا الفعل له بخلاف ما اذا عسل النحل فى ارضه لانه عد من انزاله فيملكه تبعا لارضه كالشجر النابت فيها والتراب المجتمع فيها بجريان الماء (ما يبطل بالشرط الفاسد ولا يصح تعليقه بالشرط) ههنا اصلان احدهما ان كل ما كان مبادلة مال بمال يفسد بالشرط الفاسد

﴿ ما يبطل بالشرط الفاسد ولا يصح تعليقه بالشرط ﴾

(قوله كالراهن اذا مات مفلسا) كذا لومات المشترى مفلسا قبل القبض (قوله والمضطر يرجع) يشير الى مالو كانا مستأجرين فغاب احدهما ونقد الآخر كل الاجرة فانه يكون متبرعا لكونه غير مضطر فى نقد نصيب صاحبه من الاجرة اذ ليس للاجر حبس الدار لاستيفاء الاجرة كذا عن العناية قلت يمكن يقال هذا اذا لم يشترط المؤجر تعجيل الاجرة فيتأمل (قوله اوباع شيئا بالف من الذهب والفضة نصفا الخ) قال الزيلعى على هذا لو قال لفلان على كر حنطة وشعير وسمسم يجب عليه من كل جنس ثلثه اى الكر وهذه قاعدته فى المعاملات كلها كالمهر والوصية والوديعة والغصب والاجارة وبدل الخلع وغيره من الموزون والمكيل والمعدود والمذروع اه (قوله فينصرف الى الوزن المعهود فى كل منهما) اقول هذا باعتبار زمانهم فى المعاملة واما الآن فالفضة ليس فيها دراهم وزن سبعة وهى قطع صغار كل اربعة وزن درهم تسمى انصافا ونوع يسمى قرشا كل يبلغ ثلاثين نصفا فضة وآخر يسمى ريالا وآخر بندقيا وهى مختلفة وزنا ومالية وايضا الذهب مختلف مالية بالدينار وبالبندقى والشريفى والابراهيمى فيفسد البيع باطلاق الشراء بذهب وفضة اه (قوله وقال ابو يوسف يرد مثل زيوفه ويرجع بجياده) كذا فى الهداية والتبيين اه وقال فى الحقائق نقلا عن العيون ما قاله ابو يوسف حسن دفعا للضرر فاختير للفتوى كذا فى النهر (قوله افرخ طير وباض او تكنس ظبى فى ارضه الخ) وهى غير معدة لذلك فان كانت مهيأة له فلصاحبها (قوله بخلاف ما اذا عسل النحل فى ارضه الخ) يعنى وان لم تكن ارضه معدة لذلك كما فى التبيين (قوله ههنا اصلان الخ) من كلام الزيلعى

لان الشرط الفاسد من باب الربا وهو فى المعاوضات المالية لا غيرها من المعاوضات والتبرعات لان الربا هو الفضل الخالى عن العوض وحقيقة الشروط الفاسدة كامر هى زيادة ما لا يقتضيه العقد ولا يلائمه فيكون فيها فضل خال عن العوض وهو الربا ولا يتصور ذلك فى المعاوضات الغير المالية كالنكاح والطلاق على مال والخلع ونحوها ولا فى التبرعات كالهبة بل يفسد الشرط ويصح التصرف وثانيهما ان التعليق بالشرط المحض لا يجوز فى التمليكات لانه من باب القمار وما هو من باب الاسقاط المحض الذى يحلف به يجوز تعليقه مطلقا وذلك كالطلاق والعتاق وما هو من باب الاطلاقات والولايات يجوز تعليقه بالشرط الملائم وكذا التحريضات قال صلى الله عليه وسلم من قتل قتيلا فله سلبه وهو اربعة عشر (البيع) وقدمر بيانه فى البيع الفاسد و(اجازته) فان اجازة البيع كالبيع حتى لو قال ان زاد فلان فى الثمن فقد اجزت البيع بطلت الاجازة (والقسمة والاجارة) فان فى الاولى معنى المبادلة وفى الثانية معنى تمليك المنفعة والاجرة (والرجعة) فانها استدامة الملك فيكون معتبرا بابتدائه فلا يجوز تعليقه بالشرط (والصلح عن مال) بمال فيكون معاوضة مال بمال فيكون بيعا (والابراء عن الدين) فانه تمليك من وجه حتى يرتد بالرد وان كان فيه معنى الاسقاط فيكون معتبرا بالتمليكات (الا اذا علق بكائن) اى بشرط واقع حتى لو قال لمديونه مال بمن ده فقال بشربك تو داده ام فقال المدعى اكر داده بزار شدم از تو وداده ات صحت البراءة لان هذا تعليق البراءة بشرط كائن كذا فى الاشتر وشنية (وعزل الوكيل والاعتكاف) فانهما ليسا مما يحلف به فلا يجوز تعليقهما بالشرط (والمزارعة والمعاملة) فانهما اجارة لان من يجوزهما لم يجزهما الا على اعتبار الاجارة فيكونان معاوضة مال بمال فيفسدان بالشرط (والاقرار) فانه اخبار متردد بين الصدق والكذب فان كان

(قوله وهو اربعة عشر) زدت عليه مسائل اجازة البكر البالغة عقد ابيها كما فى الخلاصة وحجر المأذون وتعليق القاضى حجر رجل بسفهه فاذا قال القاضى لرجل حجرت عليك اذا سفهت لم يكن حكما بحجره كما فى العمادية والاجل يبطل بالشرط الفاسد قاله فى العمادية وفى الخلاصة وابطال الاجل يبطل بالشرط الفاسد ولو قال كلما حل نجم ولم تؤد فالمال حال صح والمال يصير حالا فى حيل شمس الائمة الحلوانى اه والصلح عن القتل خطأ والجراحة الموجبة للمال كما سيذكره المصنف والاقالة لا يجوز تعليقها بالشرط كما سيذكره المصنف فى ما يصح اضافته الى المستقبل فهذه الجملة تزاد على الاربعة عشر (قوله البيع) صورة البيع بشرط كقوله بعته بشرط استخدامه شهرا وتعليقه بالشرط كقوله بعته ان كان زيد حاضرا وفى اطلاق البطلان على البيع بشرط تسامح لانه من قبيل الفاسد لا الباطل واليه يشير قوله وقدمر فى البيع الفاسد (قوله وقدمر بيانه فى البيع الفاسد) لكنه لم يفصل فيه بين ما اذا كان الشرط بكلمة ان او بكلمة على وقد فصله العمادى والزيلعى فقال لا يجوز تعليق البيع بالشرط مطلقا ان كان ﴿ ٢٠٠ ﴾ الشرط بكلمة ان بان قال بعت منك ان كان كذا ويبطل البيع به سواء كان الشرط نافعا او ضارا زاد العمادى او كيفما كان اه الا فى صورة واحدة وهى ان يقول بعت منك ان رضى فلان به فانه يجوز اذا وقت ثلاثة ايام لانه اشتراط الخيار للاجنبى وهو جائز كذا اطلق الجواز الزيلعى ونسبه العمادى بقوله قال ابو الفضل يجوز اذا وقت الخ وان كان الشرط بكلمة على فان كان الشرط مما يقتضيه العقد او يلائمه او فيه اثر او جرى التعامل به كما اذا شرط تسليم المبيع او الثمن او التأجيل او الخيار لا يفسد البيع ويجوز الشرط وان كان الشرط لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ولم يجر العادة به فان كان فى الشرط منفعة لاهل الاستحقاق فسد البيع والا فلا (قوله واجازته) ذكره العينى فى شرحه للكنز ولم يذكر فى بعض نسخ الكنز ولم يذكره العمادى (قوله والرجعة الخ) اما كونه لا يصح تعليقها بالشرط فواضح لانها معتبرة بالنكاح وقال العمادى النكاح لا يصح تعليقه بالشرط ولا اضافته ولكن لا يبطل بالشرط ويبطل الشرط اه واما بطلانها بالشرط فلم يتضح ذلك لانها (كذا) معتبرة بابتداء النكاح وهو لا يبطل بالشرط الفاسد فليتأمل فى ذلك وفيما فرق به بينهما فى النهر (قوله لان هذا تعليق البراءة بشرط كائن) قال العمادى والتعليق بشرط كائن تحقيق قلت فعلى هذا لا يختص الاستثناء بالابراء من الدين الا ترى انه لو قال ان لم اكن زوجتها من فلان فقد زوجتها منك فقبل وظهر انه لم يكن زوجها ينعقد هذا النكاح ولا يخفى ان اطلاق الشرط على مثل هذا مجاز لان الشرط ما كان على خطر الوجود كما اذا قال لمديونه ان مت بنصب تاء الخطاب فانت برئ لا يصح لانه تعليق بخطر وهو بمنزلة قوله ان دخلت الدار فانت برئ ولو قال ان مت بضم تاء المتكلم فانت برئ او انت فى حل جاز لانه وصية كما فى العمادية وجامع الفصولين وقاضيخان والتتارخانية عن النوازل وغيرها فلينتبه لهذا فانه مهم (قوله والاعتكاف) هذا ينافى ما قدمه من صحة نذر الاعتكاف فى باب الاعتكاف قال صاحب النهر فيحمل هذا على رواية فى الاعتكاف وان كان الاكثر على الرواية الاخرى اه (قوله والاقرار الخ)

كذبا لا يكون صدقا لفوات الشرط ولا بالعكس وانما التعليق فى الايجاب ليتبين انه ليس بواقع قبل وجود الشرط (والوقف) فان فيه تمليك المنفعة (والتحكيم) فانه تولية صورة وصلح معنى اذ لا يصار اليه الا بتراضيهما لقطع الخصومة بينهما فباعتبار انه صلح لا يصح تعليقه ولا اضافته وباعتبار انه تولية يصح فلا يصح بالشك (وما لا يبطل به) اى بالشرط الفاسد وعشرون (القرض والهبة والصدقة والنكاح والطلاق والخلع والعتق والرهن والايصاء والوصية والشركة والمضاربة والقضاء والامارة والكفالة والحوالة والوكالة والاقالة والكتابة الا اذا كان الفساد فى صلب العقد) صلب الشئ ما يقوم به ذلك الشئ وقيام البيع بالعوضين فكل فساد يكون فى احد العوضين يكون فسادا فى صلب العقد قال الزيلعى الكتابة انما لا تفسد بالشرط المفسد اذا كان الشرط غير داخل فى صلب العقد بان كاتبه على ان لا يخرج من البلد وعلى ان لا يعامل فلانا فان الكتابة على هذا الشرط تصح ويبطل الشرط واما اذا كان الشرط داخلا فى صلب العقد بان كاتبه المسلم على خمر او خنزير فانها تفسد به وانما كانت كذلك لان الكتابة تشبه البيع من حيث ان العبد مال فى حق المولى وتشبه النكاح من حيث انه ليس بمال فى حق نفسه فعملنا بالشبهين فلشبهها بالبيع تفسد اذا كان المفسد فى صلب العقد ولشبهها بالنكاح لا تبطل بالشرط الزائد اقول بهذا يعلم ان ما قال فى الاستروشنيه والعمادية اولا ان تعليق الكتابة بالشرط لا يجوز وانها تبطل بالشرط الفاسد مبنى على كون الفساد فى صلب العقد وما قالا ثانيا ان الكتابة بشرط متعارف وغير متعارف تصح ويبطل الشرط مبنى على كون الشرط زائدا ليس معه فساد فى صلب العقد ولهذا قيد الشرط فى الاول بالفاسد دون الثانى فلا وجه لما قال بعض المتصلفين هذا الكلام لا يتم على اطلاقه لانه لو كاتب عبده بشرط ان لا يخرج من المدينة صحت الكتابة وبطل الشرط ففى هذه الصورة لم تبطل الكتابة بفساد الشرط (واذن العبد فى التجارة) بان يأذن المولى لعبده بشرط ان يؤقت بشهر او سنة او نحوهما (ودعوة الولد) بان يقول المولى ان كان لهذه الامة حمل فهو منى (والصلح عن دم العمد) وكذا الابراء عنه ولم يذكروه اكتفاء بالصلح اذ ليس بينهما كثير فرق فان الولى اذا قال للقاتل عمدا ابرأت ذمتك على ان لا تقيم فى هذه البلدة مثلا او صالح معه عليه صح الابراء والصلح ولا يعتبر الشرط (وعن الجراحة التى فيها القصاص) فان الصلح اذا كان عن القتل الخطأ او الجراحة التى فيها الارش كان من القسم الاول (و) الصلح (عن جناية الغصب) اى المغصوب (و) جناية (الوديعة والعارية اذا ضمنها) اى موجبات الصلح فى الصور المذكورة (رجل وشرط فيها كفالة او حوالة) فان الصلح صحيح والشرط باطل (وعقد الذمة) فان الامام اذا فتح بلدة واقر أهلها على املاكهم وشرطوا مع الامام فى عقد الذمة ان لا يعطوا الجزية بطريق الاهانة كما هو المشروع فالعقد صحيح والشرط باطل (والرد بالعيب وبخيار الشرط) بان يقول المشترى ان لم ارد هذا الثوب المعيب عليك اليوم فقد رضيت بالعيب وكذا الرد بخيار الشرط كان يقول ابطلت خيارى غدا وله الخيار اكثر من ذلك بطل الشرط

كذا قال الزيلعى ثم قال بخلاف ما اذا علق الاقرار بموته او بمجئ الوقت فانه يجو[ز] ويحمل على انه فعل ذلك للاحتراز عن الجحود او دعوى الاجل فيلزمه للحال (قوله والوقف) قال فى الخلاص[ة] والوقف فى رواية اه وقال العمادى وفى تعليق الوقف بالشرط روايتان (قوله والتحكيم) هو قول ابى يوسف وقال محمد يجوز لان فيه اطلاق الولاية كذا فى العمادية (قوله الطلاق والخلع) اى بمال وبغير ما كان العمادية (قول[ه] ودعوة الولد بان يقول المولى الخ) ليس هذا صورة المسئلة وليس صحيحا تصوير[ها] لها فان المصنف رحمه الله تعالى قدم فى با[ب] ثبوت النسب صحة دعوة الولد معل[قا] بكونه فى بطن جاريته فالوجه ا[ن] تصور بما لو قال هذا الولد منى ان رضيت زوجتى بذلك (قوله والصلح عن جنا[ية] الغصب) اى المغصوب كذا ذات الغص[ب] لا يبطل بالشرط وقد ذكره العمادى ذكر جناية الغصب الذى ذكره المصن[ف] (قوله اى موجبات الصلح فى الصو[ر] المذكورة) جعلها صورة واحد[ة] لكونها من مدخول الصلح ليصح العد ست وعشرون وهكذا عدها فى العماد[ية]

ولهذا يرد بالعيب وخيار الشرط (وعزل القاضي) بان يقول الامام للقاضي اذا وصل كتابي اليك فانت معزول قيل يصح الشرط ويكون معزولا وقيل لا يصح الشرط ولا يكون معزولا وبه يفتى كذا في العمادية والاستروشنية وانما تبطل هذه التصرفات بالشرط الفاسد لانها اما من معاوضات غير مالية او من تبرعات او من اسقاطات (ومايصح اضافته الى المستقبل) اربعة عشر (الاجارة وفسخها) اما الاجارة فلانها تمليك المنافع ووجودها لا يتصور في الحال فتكون مضافة ضرورة وهو معنى قول علمائنا الاجارة تنعقد ساعة فساعة على حسب حدوثها واما فسخها فمعتبر بها فيجوز مضافا كما ان فسخ البيع وهو الاقالة معتبر به حتى لا يجوز تعليقه بالشرط ولا اضافته الى الزمان كالبيع اقول هكذا وقعت العبارة متضمنا فسخ الاجارة الى الاجارة في الفصولين وغيرهما من المعتبرات ووجهه ماذكر وبعد ذلك نقل في الفصولين ما يخالفه حيث قال ذكر في فتاوى القاضي ظهير الدين او قال آجرتك داري هذه رأس كل شهر بكذا جاز في قولهم ولو قال اذا جاء رأس الشهر فقد فاسختك لم يصح اجماعا كذا ذكر في فوائد صاحب المحيط ولو قال فاسختك غدا هل يصح الفسخ المضاف لارواية لهذا واختلف المشايخ فيه واختار ظهير الدين انه لا يصح فبين الكلامين تناف ظاهر فليتأمل (والمزارعة والمعاملة) فانهما اجارة حتى ان من يجيزهما لا يجيزهما الا بطريقها ويراعي فيهما شرائطها (والمضاربة والوكالة) فانهما من باب الاطلاقات والاسقاطات فان تصرف المضارب والوكيل قبل العقد والتوكيل في مال المالك والموكل كان موقوفا حقا للمالك فهو بالعقد والتوكيل اسقطه فيكون اسقاطا فيقبل التعليق (والكفالة) فانها من باب الالتزامات فيجوز اضافتها الى الزمان وتعليقها بالشرط الملائم كما تقرر في موضعه بخلاف الوكالة حيث يجوز تعليقها بالشرط مطلقا كما مر (والايصاء) اي جعل الشخص وصيا (والوصية) بالمال لانهما لا يفيدان الا بعد الموت فيجوز تعليقهما واضافتهما (والقضاء والامارة) فانهما تولية وتفويض محض فجاز اضافتهما (والطلاق والعتاق) فانهما من باب الاطلاقات والاسقاطات وهو ظاهر (والوقف) فان تعليقه الى مابعد الموت جائز (ومالا تصح اضافته الى المستقبل عشرة (البيع واجازته وفسخه والقسمة والشركة والهبة والنكاح والرجعة والصلح عن مال والابراء عن الدين) فان هذه الاشياء تمليكات فلا يجوز اضافتها الى الزمان كما لا يجوز تعليقها بالشرط لما فيه من معنى القمار

باب الصرف

عنونه الاكثرون بالكتاب وهو لا يناسب لكونه من انواع البيع كالربا والسلم فالاحسن ما اختير ههنا (هو) لغة بمعنى الفضل فسمي به هذا العقد اذ لا ينتفع بعينه ولا يطلب منه الا الزيادات وبمعنى النقل فسمي به لاحتياجه في بداية الى النقل من

(قوله كذا في العمادية) عبارة العمادية لو كتب الخليفة اذا اتاك كتابي هذا فانت معزول فوصل اليه يصير معزولا قال ظهير الدين المرغيناني ونحن لا نفتي بصحة التعليق وهو فتوى شمس الاسلام الاوزجندي اه ﴿٢٠٢﴾ وتقدم مشى في الكنز على ان عزل القاضي لا يبطل بالشرط اه قلت وزاد النصب كما قدمته والحجر على المأذون لا يبطل به ويبطل الشرط كما في العمادية وتعليق تسليم الشفعة بالشرط يصح بان قال ان اشتريت انت فقد سلمت الشفعة فان اشترى غيره فهو على شفعته (قوله وبعد ذلك نقل في الفصولين) حتى العبارة وقبل ذلك كما هو مسطور في العمادية (قوله حيث قال) اراد لفظ قال ظهير الدين الخ فان عبارة العمادي في فتاوى قاضي ظهير لو قال اجرتك داري هذه الخ (قوله جاز في قولهم) يعني لانه اضافة لا تعليق ولا تصح الا في شهر واحد كما سيذكره المصنف في الاجارة وتفسد في الباقي الا ان يسمي الكل من الشهور (قوله ولو قال اذا جاء رأس الشهر فقد فاسختك لم يصح اجماعا) لكونه تعليقا للفسخ وليس اضافة له (قوله ولو قال فاسختك غدا الخ) اقول كيف يقال لا رواية لهذا وقد ذكره في الكافي وغيره وعبارته ومالا تصح مضافا الاجارة وفسخها الخ وكذا في العمادية كما نقله المصنف (قوله فبين الكلامين تناف) اقول نعم المنافاة ظاهرة لاختلاف المشايخ في صحة اضافة فسخ الاجارة ولكن المعتمد عليه اختيار عدم الصحة وهو المذكور في الكافي واختيار ظهير الدين كما علمته وعادتهم حكاية الخلاف وهو ظاهر التنافي لمعلمه

باب الصرف

(قوله هو لغة بمعنى الفضل) قاله الخليل ومنه سمي التطوع في العبادات صرفا لانه زيادة على الفرائض كذا في التبيين (قوله وبمعنى النقل) زاد الزيلعي والرد وقال في المحيط هو عبارة عن رد الشئ (يد) ودفعه يقال صرفت فلانا عن كذا فانصرف اي رددته فارتد ويذكر ويراد به الزيادة مجازا يقال لهذا النقد صرف على هذا النقد اي فضل وفي الحديث ولا عدل اي نافلة سمي زيادة من حيث ان رد الشئ من يد الى يد في المعاوضة سبب الزيادة

(قوله فان تجانسا لزم التقابض) هذا شرط لصحة الصرف عند بعض ولبقائه عند آخرين وهو الاصح قال الزيلعي فعلى الاول ينبغى ان يشترط القبض مقرونا بالعقد الا ان حالتهما قبل الافتراق جعلت كحالة العقد تيسيرا فاذا وجد القبض فيه يجعل كانه وجد حالة العقد فيصح وعلى الثانى لا يحتاج الى هذا التقدير (قوله قبل الافتراق) قال فى المواهب وان تفرقا قبل قبض احد البدلين فسد ولم يبطل وتعين المقبوض للرد فى رواية كالمودع والمغصوب اه (قوله بالابدان) قال فى البدائع انما يعتبر التفرق بالابدان فى موضع يمكن اعتباره فان لم يمكن اعتبار يعتبر المجلس دون التفرق بالابدان فان قال الاب اشهدوا انى اشتريت هذا الدينار من ابنى بعشرة دراهم ثم قام قبل ان يزن العشرة فهو بالمل كذا روى عن محمد رحمه الله تعالى لان الاب هو العاقد فلا يمكن اعتبار التفرق بالابدان فيعتبر المجلس والله اعلم اه ومثله فى المحيط عن المنتقى (قوله حتى اذا لم يكن عند المتعاقدين شئ الخ) هذا عند ائمتنا الثلاثة خلافا لزفر وكذا لو تصارفا بهما فهلكت فتقابضا غيرهما من جنس ما سميا جاز عند الثلاثة ولو غصب احدهما دراهم والآخر دنانيرا من رجل وتصارفا وتقابضا فاجاز المالك صح ولزم كلا منهما بدل ما غصبه وملك ما اشتراه مع ان الاصل ان البيع لا ينعقد اذا كان الملك فى البدلين لواحد لان العقد انعقد فى هذه الصورة على مثل النقدين دينا فى الذمة فوقع على ما لبن العاقدين فنفذ الا انهما نقدا بما غصبا بدلا من الواجب عليهما فلزم الاجازة من المالك واذا اجاز لا يملك الاسترداد المنقود لكونه صار قرضا واذا لم يجز ونقدا مثل ما عقدا عليه فى المجلس صح بخلاف ما لو كان البدلان عبدا وجارية والمسئلة بحالها فاجاز المالك لا يصح لتعلق العقد بالعين لواحد واذا غصب احدهما دراهم والآخر عبدا منه صحت الاجازة لان العبد وان تعين فى العقد فالدراهم لم تعين فلم يقع العقد بما لين فى ملك واحد بل فى ملك اثنين كذا فى العمادية (قوله ويفسد بخيار الشرط والاجل) اى فسادا من الاصل لانه فساد مقترن بالعقد كما فى المحيط وقيد بشرط الخيار لان خيار العيب والرؤية صحيح لا فيه كذا فى شرح المجمع الا ان خيار الرؤية لا يثبت الا فى العين اى فيما يتعين كالتبر والحلى لانه ينفسخ العقد بالرد كما فى المحيط لا فى الدين لانه لا فائدة فى رده بالخيار اذ العقد لا ينفسخ برده وانما يرجع بمثله ويجوز ان يكون المقبوض مثل المردود او دونه فلا يفيد الرد كذا فى العناية (قوله فلو شرابه) اى بثمن الصرف ثوبا فسد يعنى فسد شراء الثوب وبقى الصرف على حاله كما فى المحيط (قوله اشترى امة الى قوله فسد فى الكل) هذا عند ابى حنيفة وعندهما فسد فى الطوق خاصة لان القبض ليس شرطا فى صحتها وله ان الفساد مقارن فيتعدى الى الجميع كما لو جمع بين حر وعبد كما فى التبيين

يدا بيد قبل الافتراق وشرعا (بيع الثمن بالثمن) اى ما خلق للثمنية كالذهب والفضة سواء كان (جنسا بجنس او بغيره) كبيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة او الذهب بالفضة او بالعكس (فان تجانسا) اى الثمنان بأن يكونا ذهبين او فضتين (لزم التساوى والتقابض) لما مر فى الربا من قوله صلى الله عليه وسلم الذهب بالذهب والفضة بالفضة مثلا بمثل يدا بيد والفضل ربا (قبل الافتراق) بالابدان حتى لو ذهبا يمشيان فى جهة واحدة او ناما او اغمى عليهما فى المجلس ثم تقابضا قبل الافتراق صح وقد قال عمر رضى الله تعالى عنه وان وثب من سطح فثب معه بخلاف خيار المخيرة اذا التخيير تمليك فيبطل بما يدل على الرد والقيام دليله (ولو) وصلية (اختلفا) اى المتجانسان (جودة وصناعة) اذ لا عبرة لهما لما مر فى الربا (والا) اى وان لم يتجانسا (فالتقابض) لما مر ان احد جزئى العلة يحرم النسأ (فلو باع احدهما بالآخر) اى احد مختلفى الجنس يعنى الذهب بالفضة او بالعكس (جزافا او بفضل وتقابضا فيه) اى المجلس (صح) لم يذكر التساوى لانه ليس محل الاشتباه (ولا يتعينان) اى لا يتعين العوضان فى الصرف كسائر العقود حتى اذا لم يكن عند العاقدين شئ فاستقرضا فأديا قبل افتراقهما او استحق كل من العوضين فأعطى كل منهما صاحبه بدل ما استحق من جنسه او امسكا ما اشار اليه فى العقد واعطيا مثلهما جاز (ويفسد) اى الصرف (بخيار الشرط) اذ يمتنع به استحقاق القبض ما بقى الخيار لان استحقاقه مبنى على الملك والخيار يمنعه (والاجل) لانه يمنع القبض الواجب (ويصح) الصرف (ان اسقطا) اى خيار الشرط والاجل (فى المجلس) لارتفاع المفسد قبل تقرره (ظهر بعض البدل زيفا فرد انتقض فيه فقط) اى انفسخ الصرف فى المردود وبقى فى غيره لارتفاع القبض فيه فقط (لا يتصرف فى ثمن الصرف قبل قبضه) لانه واجب حقا لله تعالى وفى تجويزه فواته (فلو شرى به) اى بثمن الصرف (ثوبا فسد) بأن باع دينارا بعشرة دراهم ولم يقبضها حتى اشترى بها ثوبا فسد (اشترى امة مع طوق ذهب قيمة كل الف درهم بألفين نسيئة فسد (فى الكل) اما فى الصرف فلفوات التقابض واما فى الامة فلان المفسد مقارن

(قوله ولو نقد القا يعنى فى المسئلة السابقة الخ) فيه نظر لانه اشترط فيها شراءهما بالفين نسيئة فصار العقد فاسدا من الاصل على قول الامام كما ذكرناه فلا يحكم بصحته لو نقد القا بعده والذى يظهر لى ان هذا اشتباه بمسئلة مالو اشتراهما بالفين ولم يذكر تأجيلا ولا غيره فنقد الفا كانت حصة الطوق وصح العقد وهى مذكورة فى التبيين اه فليتأمل (قوله وكذا اذا قال خذ هذا من ثمنهما) اى فيصح العقد فيهما الا ان قيد بانها من ثمن النصل وقال الآخر نعم او قال لا وتفرقا قبل القبض انتقض البيع فى الحلية لتصريح الدافع بالقيد للنصل كذا من المبسوط وقال الزيلعى يحمل على ما اذا كانت الحلية تتخلص بلا ضرر توفيقا بينه وبين ما فى المحيط او قال هذا من ثمن السيف خاصة ينظر ان لم يمكن التمييز الا بضرر يكون المنقود ثمن الصرف ويصحان جميعا لانه قصد صحة البيع ولا صحة له الا بصرف المنقود الى الصرف وان امكن تمييزها بغير ضرر بطل الصرف لانه صرح بفساد الصرف وقصد جواز البيع ويجوز البيع بدون جواز الصرف اه (قوله باع اناء فضة) يعنى بفضة او ذهب كما فى التبيين (قوله وان استحق بعضه اخذ المشترى باقيه بقسطه او رده) كذا فى الهداية والكنز وقال فى المحيط اشترى اناء مصوغا او قلبا بذهب ثم استحق الاناء او بعضه بطل البيع اه فليتأمل فيما بين النقلين (قوله وان استحق بعض قطعة نقرة بيعت اخذ الباقى بقسطه بلا خيار لان التبعيض لا يضره) هذا اذا استحق بعد القبض ولو كان قبله ثبت له الخيار لتفرق الصفقة عليه قبل التمام كما فى الجوهرة وشرح المجمع ولو اجاز المستحق فى مسئلة استحقاق بعض الاناء والنقرة قبل ان يحكم له بالاستحقاق جاز العقد وكان الثمن له يأخذه البائع من المشترى ويسلمه اليه اذا لم يفترقا قبل الاجازة ويصير العاقد وكيلا للمجيز فتتعلق حقوق العقد بالوكيل دون المجيز حتى لو افترق المتعاقدان قبل اجازة المستحق بطل العقد اى فيما استحق وان فارقه المستحق قبل الاجازة والمتعاقدان باقيان في المجلس صح العقد كذا فى الجوهرة (قوله ومن ضرورته الانقسام على الشيوع) اى لا على التعيين فتحقق فيه شبهة الربا المقابلة الجنس بالجنس (قوله قلنا المقابلة المطلقة) اى من التعرض لقيد يحتمل الصرف المذكور اى الى خلاف الجنس لان عند الوجود لا يوجد الا مقيدا لتعذر وجود ذات بدون صفة وان كان اللفظ غير متعرض للصفة بل للذات فقط فيحمل عليه اى على القيد المصحح تصحيحا للتصرف عند تعذر العمل بالاطلاق الا يرى انه لو قال عند المقابلة على ان يكون الجنس بخلاف الجنس صح ولو كان منافيا لما صح فكان حمله على القيد المصحح اولى من حمله على القيد المفسد وهو مقابلة الكل بالكل شائعا طلبا للصحة (قوله وليس فيه تغيير اصل التصرف بل وصفه) جواب بالمنع لدعوى مطلق تغيير التصرف بصرف الجنس الى خلافه واثبات تغيير الوصف

العقد وقد تقرر فى الكل معنى من حيث ان قبول العقد فى البعض شرط لقبوله فى الباقى (ولو نقد القا) يعنى فى المسئلة السابقة (او اشتراهما) اى الامة والطوق (بالفين احدهما نقد والآخر نسيئة فهو ثمن الطوق) اما فى الاولى فلان قبض حصة الطوق فى المجلس واجب لكونه بدل الصرف والظاهر منه الاتيان بالواجب واما فى الثانية فلان الاجل بالمل فى الصرف جائز فى بيع الجارية والمباشرة على وجه الجواز هو الظاهر من العاقدين (وان) وصلية (لم يبين) انه ثمن الطوق (او قال) خذ هذا (من ثمنهما) اما اذا لم يبين فظاهر لانه لما باع قصد الصحة ولا صحة الا بان يجعل المقبوض فى مقابلة الفضة واما اذا قال خذ هذا من ثمنهما فلان معناه خذ هذا على انه بعض ثمن مجموعهما لظهور ان الالف ليس ثمن المجموع وثمن الفضة بعض ثمن المجموع فيحمل عليه تحريا للجواز (كذا اذا باع سيفا حليته خمسون بمائة ونقد خمسين فهو حصتها) اى الحلية (ان تخلص بلا ضرر) وكان المقبوض حصة الحلية وان لم يبين ذلك لما ذكرنا وكذا اذا قال خذ هذا من ثمنهما لما مر فان لم يتقابضا حتى افترقا بطل العقد فى الحلية لانه صرف فيها (والا) اى وان لم تخلص بلا ضرر (بطل) العقد (فيهما) السيف والحلية اما الحلية فلما مر واما السيف فلانه لا يمكن تسليمه بغير ضرر ولهذا لم يجز افراده بالعقد كالجذع فى السقف (باع اناء فضة وقبض بعض ثمنه وافترقا صح فيما قبض واشتركا فى الاناء) لانه صرف كله وصح فيما وجد شرطه وبطل فيما لم يوجد فالفساد طار لانه يصح ثم يبطل بالافتراق فلا يشيع (وان استحق بعضه اخذ المشترى باقيه بقسطه او رده) لان الشركة عيب فى الاناء (وان استحق بعض قطعة نقرة بيعت اخذ الباقى بقسطه بلا خيار) لان التبعيض لا يضره (صح بيع درهمين ودينار بدرهم ودينارين و) بيع (كر بر وكر شعير بضعفهما) اى كرى بر وكرى شعير وعند زفر والشافعى لا يصح لانه قابل الجملة بالجملة ومن ضرورته الانقسام على الشيوع وفى صرف الجنس الى خلافه تغيير تصرفه قلنا المقابلة المطلقة تحتمل الصرف المذكور فتحمل عليه تصحيحا للصرف وليس فيه تغيير اصل التصرف بل وصفه اذ موجبه ثبوت الملك فى الكل

بمقابلة الكل وهو حاصل بهذا الوجه (و) صح بيع (احد عشر درهما بعشرة دراهم ودينار) بان يكون عشرة بعشرة دراهم بدرهم بدينار بالطريق المذكور (و) صح (بيع درهم صحيح ودرهمين غلة) وهى ما رده بيت المال ويأخذه التجار (بدرهمين صحيحين ودرهم غلة) لتحقق التساوى فى الوزن وسقوط اعتبار الجودة (من له على آخر عشرة دراهم فباع من هى) اى العشرة (عليه دينارا بها) اى بعشرة عليه (صح) بالاجماع وتقع المقاصة بنفس العقد (وان باعه) اى الدينار (بعشرة مطلقة) اى غير مقيدة بكونها عليه (ودفعه) اى الدينار (وتقاصا العشرة بالعشرة صح ايضا) اذ صار لكل واحد منهما على الآخر عشرة دراهم فتقاصا العشرة بالعشرة فيكون التقاص فسخا لبيع الدينار بالعشرة المطلقة وبيعا للدينار بعشرة على عمرو اذ لو لم يحمل عليه لكان استبدالا ببدل الصرف (الغالب الفضة) اى من الدراهم (و) الغالب (الذهب) من الدنانير (فضة وذهب حكما) ويعتبر فيهما من تحريم التفاضل ما يعتبر فى الجياد (فلا يصح بيع الخالص به) اى بالخالص (ولا بيع (بعضه) اى بعض الغالب الفضة والذهب (ببعض) منه (الا متساويا وزنا) وكذا لا يجوز الاستقراض بها الا وزنا وذلك لان النقود لا تخلو عن قليل غش عادة فيلحق القليل بالرداءة والجيد والردئ سواء (والغالب الغش منهما) اى الدراهم والدنانير (فى حكم العروض) اعتبارا للغالب (فصح بيعه) اى بيع الغالب الغش (بالخالص) من الدراهم والدنانير (ان كان) اى الخالص (اكثر) من المغشوش صرفا للجنس الى الجنس وغيره الى الزائد (و) صح بيعه ايضا (بجنسه متفاضلا) صرفا للجنس الى خلاف الجنس (بشرط التقابض فى المجلس) فى الصورتين وانما شرط لان القبض فى الخالص شرط فشرط فى الغش لعدم التميز (وان كان) اى الخالص (مثله) اى مثل غالب الغش (او اقل) منه (او لا يدرى فلا) اى لا يصح البيع للربا فى الاولين ولاحتماله فى الثالث (واذا راج) يعنى غالب الغش (لم يتعين بالتعيين والا) اى وان لم يرج (تعين به) لانه ما دام يروج كان ثمنا فلا يتعين بالتعيين والا فهو سلعة فيتعين بالتعيين وان كان يقبله البعض دون البعض فهو كالزيوف لا يتعلق العقد بعينه بل بجنسه زيفا ان كان البائع يعلم حاله لتحقق الرضا منه وبجنسه من الجياد ان لم يعلم لعدم رضاه (فالمبايعة والاستقراض بما روج منه يكون وزنا او عددا او بهما) اى ان كان يروج بالوزن فالتبايع والاستقراض فيه يكون بالوزن وان كان يروج بالعدد فبالعدد وان كان يروج بهما فبكل واحد منهما لان المعتبر هو المتعارف فيما لا نص فيه (والمتساوى كغالب الخالص فى المبايعة والاستقراض) حتى لا يجوز البيع بها ولا اقراضها الا بالوزن بمنزلة الدراهم الرديئة ولا ينتقض العقد بهلاكها قبل التسليم ويعطيه مثلها لان الخالص موجود فيها حقيقة ولم يصر مغلوبا فيجب اعتبارها بالوزن شرعا الا ان يشار اليها كما فى الخالصة (وكغالب الغش فى الصرف) حتى اذا باعها بجنسها جاز على وجه الاعتبار ولو باعها بالخالص لم يجز حتى يكون الخالص اكثر مما فيه من الخالص فان احدهما لما لم يغلب على الآخر وجب اعتبارهما (اشترى شيأ به) اى بغالب

(قوله وصح بيع درهم صحيح الخ) المراد بالصحة الحل المقابل للحرمة قال فى الجوهرة لا بأس بالاحتيال فى التحرز من الدخول فى الحرام (قوله فيكون التقاص فسخا لبيع الدينار بالعشرة المطلقة) اى فسخا بطريق الاقتضاء وحدوث الدين بعد عقد الصرف كالذى قبله فى الاصح كما فى التبيين (قوله وصح بيعه بجنسه متفاضلا) اى بيع الغالب الغش بجنسه متفاضلا وهذا اذا كان يخلص منه النقد بالاذابة فان كان يحترق ولا يخرج منه شئ كان حكمه حكم النحاس الخالص حتى لا يكون للفضة او الذهب فيه اعتبار اصلا فلا يجوز بيعه بجنسه الا متساويا كما فى التبيين (قوله الا ان يشار اليها) متعلق بيجب اعتبارها بالوزن اى فيجوز البيع مما اشار اليه منها بلا وزن وليس متعلقا بقوله ولا ينتقض العقد بهلاكها قبل التسليم لانها ثمن فلم تتعين فلا يبطل بهلاكها مشار اليها (قوله على وجه الاعتبار) يعنى فلا يشترط التساوى بل التقابض قال فى الهداية وان بيعت بجنسها متفاضلا جاز صرفا للجنس الى خلاف الجنس وهى فى حكم شيئين فضة وصفر ولكنه صرف حتى يشترط القبض فى المجلس لوجود الفضة من الجانبين واذا شرط القبض فى الفضة شرط فى الصفر لانه لا يتميز عنه الا بضرر اه

(قوله فكسد) قال فى شرح المجمع حد الكساد ان لا تروج فى جميع البلاد عند محمد وعندهما لا تروج فى بلد العاقدين كذا فى العيون اه وقال الزيلعى حد الكساد ان تترك المعاملة بها فى جميع البلاد وان كان تروج فى بعض البلاد لا يبطل البيع لكنه يتعيب اذا لم يرج فى بلدهم فيتخير البائع ان شاء اخذه وان شاء اخذ قيمته اه وقال فى الجوهرة وحكاه فى المحيط عن النوادر معنى قوله كسدت اى فى جميع البلدان اما اذا كانت تروج فى هذا البلد ولا تروج فى غيره لا يفسد البيع لانها لم تهلك ولكنها تعيبت فكان البائع بالخيار ان شاء قال اعطنى مثل النقد الذى وقع عليه البيع وان شاء اخذ قيمة ذلك دنانير اه فصاحب الجوهرة قيد الصحة برواجها فى بلد العقد والزيلعى اطلقه وهو يناسب كلام العيون (قوله بطل البيع عند ابى حنيفة) اشار الى انه لا يبطل عند صاحبيه لكن لا يعلم منه اللازم على المشترى فكان ينبغى بيانه وهو كما فى الجوهرة قال ابو يوسف عليه قيمتها يوم البيع قال فى النهاية وعليه الفتوى وقال محمد قيمتها آخر ما تعامل الناس بها اه وفى فتح القدير الفتوى على قول محمد وحد الانقطاع ان لا توجد فى السوق وان وجدت فى يد الصيارفة والبيوت كذا فى شرح المجمع ❊ تنبيه ❊ قيد بالكساد لانها اذا غلت اورخصت كان عليه رد المثل بالاتفاق كذا فى الجوهرة من النهاية (قوله لانه ثمن بالاصطلاح) كان الاولى ان يقال لانها اه واشار بهذا الى انه لو تبايعا الفلوس بالفلوس ﴿ ٢٠٦ ﴾ او بالدراهم او الدنانير فنقد احدهما دون الآخر جاز لانه يصير بيع عين بدين وانما شرط فى بيع النقدين باحدهما قبض البدلين نصا لا قياسا والفلوس ليست فى معناهما لان الثمنية لهما صفة اصلية خلقية والفلوس صفة عارضية على شرف الزوال بالكساد فلا يكون النص الوارد ثمة واردا هنا دلالة وان افترقا لا عن قبض احدهما اى الفلوس وما قوبل بها بطل العقد سواء كان ما قوبل بها فلوسا مثلها او فضة او ذهبا لانه دين بدين كذا فى المحيط (قوله استقرض فلوسا فكسدت) يعنى وقد هلكت لانها ان كانت قائمة عنده رد عينها اتفاقا كما سنذكره وقوله رد مثلها عند ابى حنيفة اشار به الى انه يرد قيمتها

الغش (او بفلوس نافقة فكسد واحد منهما قبل التسليم بطل البيع) عند ابى حنيفة لان الثمن هلك بالكساد لان الثمنية بالاصطلاح ولم تبق فبقى بيعا بلا ثمن فبطل واذا بطل (فيرد المبيع ان قام) ولم يهلك (والا فمثله) ان كان مثليا (او قيمته) ان كان قيميا (صح) اى البيع (بفلوس نافقة بلا تعيين) لانه ثمن بالاصطلاح (وبكاسدة به) اى بالتعيين لانه سلعة فلابد من تعينه (استقرض فلوسا فكسدت رد مثلها) عند ابى حنيفة لانه اعارة وموجبها رد العين معنى وذا بالمثل والثمنية فضل فيه اذ صحة استقراضه لم تكن باعتبار ثمنيته بل لانه مثلى وبالكساد لم يخرج من كونه مثليا ولذا صح استقراضه بعد الكساد (شرى بنصف درهم فلوس او دانق فلوس او قيراط فلوس صح) وقال زفر لا يصح لانه اشترى بالفلوس فانها تقدر بالعدد لا بالدانق والدرهم فلابد من بيان عددها قلنا ما يباع بنصف الدرهم من الفلوس او الدانق معلوم عند الناس فاغنى عن البيان (وعليه) اى على المشترى ان يدفع الى البائع قدر (ما يباع بها) اى بنصف درهم او دانق او قيراط (منها) اى من الفلوس (قال) مشتر (لمن اعطاه درهما) من الصيارفة (اعطنى بنصفه فلوسا وبنصفه نصفا) اى ما ضرب من الفضة على وزن نصف درهم

صاحبيه لكن لا يعلم منه اعتبار عند وقت القيمة وعند ابى يوسف رحمه الله تعالى يوم القبض وعند محمد رحمه الله تعالى (الا) يوم الكساد وقول محمد انظر للجانبين وقول ابى يوسف ايسر كذا فى الهداية اه والاصح ان عليه قيمتها يوم الانقطاع من الذهب والفضة كذا فى المحيط اه ومحل الخلاف فيما اذا هلكت ثم كسدت اما لو كانت باقية عنده فانه يرد عينها اتفاقا كذا فى شرح المجمع (قوله شرى بنصف درهم فلوس او دانق فلوس او قيراط فلوس صح) هذا استحسان لا قياس وهو قول زفر وكذلك بدرهم فلوس يجوز الا انه فى الدرهم الحش لان الفلوس ليست بثمن فى الاصل وانما ضربت لتقام مقام الكسور من الفضة لحاجة الناس الى ذلك فى شراء المحقرات لان كسر الدرهم الواضح مكروه كذا فى المحيط وقال فى شرح المجمع ويجيز ابو يوسف الشراء بدرهم فلوس لانه معلوم عند الناس ومنعه محمد لان القياس كان يأبى عن جواز مثل هذا الشراء الا انه ترك القياس فيما دون درهم لجريان العادة عليه والاصح انه يجوز فى الدرهم ايضا لكونه متعارفا اه وفى الهداية قالوا وقول ابى يوسف اصح سيما فى ديارنا (قوله قال مشتر لمن اعطاه الى قوله فسد البيع فى الكل) هذا عند ابى حنيفة رحمه الله تعالى لان فساد البيع فى الفضة سرى الى الفلوس واجازه ابو يوسف ومحمد فى الفلوس لانه غير سار عندهما كذا فى شرح المجمع

(قوله ولو كرر اعطى صح اى البيع فى الفلوس فقط) هذا اختيار الاكثر كما فى المواهب اه ويبطل فى الفضة بالاجماع كما فى التبيين لكن قالوا فيه اشكال لان قوله اعطى مساومة كلفظ يعنى بالمساومة لا ينعقد البيع فكيف يتكرر بتكراره ولعل الوجه ان يقال تكرار اعطى يدل على ان مقصوده تفريق العقد فحمل على انهما عقدا عقدين كذا فى شرح المجمع واصل الخلاف فى السابقة ان العقد يتكرر عنده بتكرار اللفظ وعندهما بتفصيل الثمن ووجد الاجماع فى الثانية حصول التكرار وتفصيل الثمن كذا فى التبيين

﴿ تذنيب ﴾

(قوله قيل رهن) كان ينبغى ان لا يذكره ﴿ ٢٠٧ ﴾ بصيغة التمريض لان سنده ما ذكر بقوله قال الشيخ الخ بل يقول بيع الوفاء مختلف

(الاحبة فسد) اى البيع (فى الكل) للزوم الربا (بخلاف اعطى به نصف درهم فلوس ونصفا الا حبة) اذ يكون النصف الا حبة بمثله وما بقى بالفلوس (ولو كرر اعطى) بان قال اعطى بنصفه فلوسا واعطى بنصفه نصفا الا حبة (صح) اى البيع (فى الفلوس فقط) ولم يصح فى نصف درهم الا حبة لانه لما كرر صار عقدين وفى الثانى ربا وفساد احد البيعين لا يوجب فساد الآخر

﴿ تذنيب ﴾

لكتاب البيع (بيع الوفاء قيل رهن) قال الشيخ الامام نجم الدين النسفى فى فتاواه البيع الذى تعارفه اهل زماننا احتيالا للربا وسموه بيع الوفاء هو فى الحقيقة رهن وهذا المبيع فى يد المشترى كالرهن فى يد المرتهن لا يملكه ولا يطلق له فى الانتفاع الا باذن مالكه وهو ضامن لما اكل من ثمره او استهلكه من شجره والدين يسقط بهلاكه اذا كان به وفاء بالدين ولا ضمان عليه فى الزيادة اذا هلك عن غير صنعه وللبائع استرداده اذا قضى دينه لا فرق عندنا بينه وبين الرهن فى حكم من الاحكام لان المتعاقدين وان سمياه بيعا ولكن غرضهما الرهن والاستيثاق بالدين لان البائع يقول لكل احد بعد هذا العقد رهنت ملكى فلانا والمشترى يقول ارتهنت ملك فلان والعبرة فى التصرفات للمقاصد والمعانى لا الالفاظ والمبانى فان اصحابنا قالوا الكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة بشرط ان لا يبرأ كفالة وهبة الحرة نفسها بحضرة الشهود مع تسمية المهر نكاح والاستصناع الفاسد اذا ضرب فيه الاجل سلم ونظائره كثيرة وكان الامام السيد ابو شجاع على هذا (وقيل بيع) ذكر فى مجموع النوازل اتفق مشايخنا فى هذا الزمان على صحته بيعا على ما كان عليه بعض السلف لانهما تلفظا بلفظ البيع من غير ذكر شرط فيه والعبرة للملفوظ نصا دون المقصود فان من تزوج امرأة ومن نيته ان يطلقها بعد ما جامعها صح العقد (وقيل) قائله قاضيخان (الصحيح انه) اى العقد الذى جرى بينهما (ان كان بلفظ البيع لا يكون رهنا) لان كلا منهما عقد مستقل شرعا لكل منهما احكام مستقلة بل يكون بيعا (فان شرطا) اى العاقدان (الفسخ فيه) اى فى العقد (فسد) لان البيع يفسد به (كذا) اى يفسد ايضا (ان لم يشترطاه) اى الفسخ (و) لكن (تلفظا بلفظ البيع بشرط الوفاء) لان هذا الشرط مفسد له (او) تلفظا (بالبيع الجائز وعندهما) اى والحال ان فى زعمهما (هو بيع غير لازم)

فيه قال الشيخ كذا وقوله قال الشيخ الى وكان السيد ابو شجاع من فصول العمادى بالحرف وفيه زيادة تقوية لهذا القول ينبغى مراجعتها (قوله وقيل بيع) مستنده ما ذكره بقوله ذكر فى مجموع النوازل الخ وهو فى العمادية ايضا لكنه ليس فيه لفظ وقيل بل كما قدمناه فكان ينبغى اتباعه كذلك وذكر بعده ما يؤيده عن غير صيغة تمريض (قوله وقيل قائله قاضيخان الخ) من العمادية ايضا وعبارته وفى فتاوى قاضيخان ان البيع الذى اعتاده اهل سمرقند ويسمونه بيع الوفاء الصحيح ان العقد الخ فكان على المصنف رحمه الله تعالى ان يفعل كذلك وقد اقتصر المصنف على بعض ما فى العمادية ولا وجه له فعليك بمراجعته وقد ذكر فى البزازية تسعة اقوال فى بيع الوفاء يجب مراجعتها فذكر فيها ما نصه اجاب عماد الدين وعلاء الدين بدر ومنهاج الشريعة فى المشترى وفاء اذا باع باتا او وفاء او وهب ان هذا التصرف لا يصح واذا مات المشترى وفاء فورثته يقومون مقامه فى احكام الوفاء اه عبارة البزازية وهل كذلك ورثة البائع وفاء فلينظر ومن الاقوال التسعة قول جامع لبعض المحققين انه فاسد فى بعض الاحكام حتى ملك كل منهما الفسخ وصحيح فى حق بعض الاحكام كحل الانزال ومنافع المبيع ورهن فى حق البعض حتى لم يملك المشترى بيعه من آخر ولا رهنه ولا يملك قطع الشجر ولا هدم البناء وسقط الدين بهلاكه وانقسم الثمن ان دخله نقصان كما فى الرهن قال صاحب البحر بعد نقله عن البزازية وينبغى ان لا يعدل فى الافتاء عن القول الجامع اه قلت وهو يفيد ان ورثة البائع يقومون مقامه كورثة المشترى نظرا لجانب الرهن وهى حادثة الحال والله الموفق بتذكره

فانه ايضا يفسد حينئذ عملا بزعمهما (وان ذكرا) اى العاقدان (البيع من غير شرط ثم ذكراه) اى الشرط (على وجه الميعاد جاز) اى البيع لخلوه عن المفسد (ويلزم الوفاء به) لان المواعيد قد تكون لازمة فيجعل هذا الميعاد لازما لحاجة الناس (صح) بيع الوفاء فى العقار استحسانا للتعامل واختلف (فى المنقول) قيل يصح لعموم الحاجة وقيل لا يصح لخصوص التعامل

كتاب الشفعة

لما فرغ من البيع بانواعه شرع فيما يترتب عليه وهذا احسن من تأخيرها الى اواخر الكتاب كما وقع فى سائر الكتب (هى) لغة من الشفع وهو الضم سميت بها لما فيها من ضم المشتراة الى ملك الشفيع وشرعا (تملك العقار) وهو الضيعة وقيل ماله اصل من دار او ضيعة كذا فى المغرب (وما فى حكمه) كالعلو قال فى الكافى العلو يستحق بالشفعة ويستحق به الشفعة فى السفل وان لم يكن طريق العلو فى السفل لانه التحق بالعقار بماله من حق القرار (جبرا على مشتريه بمثل) متعلق بالتملك (ماقام عليه) من الثمن (وتثبت) اى الشفعة (بعد البيع للخليط) اى الشريك (فى نفس المبيع ثم) اى بعد ماسلمها ثبت للخليط (فى حقه) اى حق المبيع (كالشرب والطريق الخاصين) معنى خصوصهما ان يكون الشرب من نهر لا تجرى فيه السفن وان لا يكون الطريق نافذا (ثم) اى بعد ماسلمها ثبتت (لجار ملاصق ولو ذميا او ماذونا او مكاتبا) لاطلاق ماروى من قوله صلى الله عليه وسلم الشفعة لشريك لم يقاسم وقوله صلى الله عليه وسلم جار الدار احق بالدار والارض ينتظر له وان كان غائبا اذا كان طريقهما واحدا والمراد جار هو شريك فى الطريق وثبت الحكم فى الشرب دلالة لان الشفعة انما ثبتت بالشركة فى الطريق باعتبار الخلطة وقد وجدت فى الشرب (بابه فى سكة اخرى) فان بابه ان كان فى تلك السكة كان خليطا فى حق المبيع فلا يكون جارا ملاصقا صورته منزل مشترك بين اثنين فى دار هى لقوم فى سكة غير نافذة اذا باع احد الشريكين نصيبه من المنزل فالشريك فى المنزل احق بالشفعة فان سلم فالشركاء فى الدار احق من الشركاء فى السكة لانهم اقرب للشركة بينهم فى صحن الدار فان سلموا فاهل السكة احق للشركة فى الطريق فان سلموا فللجار الملاصق وهو الذى على ظهر هذا المنزل وباب داره فى سكة اخرى (ولو) وصلية اى ولو كان الجار الملاصق (واضع الجذع على حائطه) اى حائط المبيع (او شريكا) للبائع (فى خشبة عليه) اى على الحائط فان الجار بهذا المقدار لا يكون خليطا فى حق المبيع ولا يخرج عن كونه جارا ملاصقا كذا فى الهداية والكافى وغيرهما وهذه العبارة احسن من عبارة الوقاية لان المتبادر منها تغايرهما للجار (على عدد الرؤس) متعلق بقوله وتثبت (لا قدر الملك) وعند الشافعى تثبت على قدر الملك صورته دار بين ثلاثة لاحدهم نصفها وللآخر سدسها وللثالث ثلثها فباع صاحب النصف نصيبه وطلب الآخران الشفعة قضى بالشقص المبيع بينهما عند الشافعى اثلاثا بقدر ملكهما وان باع صاحب السدس قضى بينهما اخماسا وان باع صاحب الثلث قضى بينهما ارباعا وعندنا يقضى بينهما نصفين فى الكل

(وتستقر)

كتاب الشفعة

هى حق الشرع نظرا لمن كان شريكا او جارا عند البيع (قوله ولو ذميا الخ) يعنى به من تثبت له الشفعة وسواء كان انثى او صغيرا او معتق البعض والخصم عن الصبيان فى الشفعة لهم وعليهم آباؤهم او اوصياء الآباء عند عدمهم والاجداد من قبل الآباء عند عدمهم وان لم يكن فاوصياء الاجداد فان لم يكن فالامام او الحاكم يقيم لهم من ينوب عنهم فى الخصومة والطلب كما ذكره قاضيخان (قوله اذ لابد من طلب المواثبة) اقول الصواب اذ لابد من الاشهاد بعد طلب المواثبة لان طلب المواثبة هو الذى يستغنى عنه بالاشهاد ابتداء فلم يبق بد من الاشهاد وعلى ما صوبناه يتفرع قوله فاذا اشهد ابتداء على طلبها تيسر اخذ المقصود ولو كان كما قال لا يصح ان يتفرع عليه لابطاله ما فرع عليه فتأمل منصفا

(وتستقر) عطف على تثبت اى تستقر الشفعة (بالاشهاد) اذ لا بد من طلب المواثبة لان حق الشفيع ضعيف يبطل بالاعراض فاذا اشهد ابتداء على طلبها تيسر اخذ المقصود بحكم القاضى ولم يبق حاجة الى اليمين على ماسيأتى (وتملك) اى العقار وما فى حكمه (بالقضاء او الاخذ بالرضا) بين الشفيع والمشترى قال فى الوقاية والكنز وتملك بالاخذ بالتراضى او بقضاء القاضى وصرح شارحاهما بان قوله او بقضاء القاضى عطف على الاخذ لا على التراضى لان القاضى اذا حكم يثبت الملك للشفيع قبل اخذه ولما كان عبارة المتنين موهمة لعطف بقضاء القاضى على التراضى بل ظاهرة فيه غير العبارة الى ماهو احسن منها ثم اذا ثبت الملك للشفيع قبل اخذه بعد حكم القاضى كان هذه العبارة احسن من عبارة الهداية ايضا حيث قال وتملك بالاخذ اذا سلمها المشترى او حكم بها حاكم لان قوله او حكم عطف على سلم فيلزم ان يكون الاخذ معتبرا فى كل من تسليم المشترى وحكم القاضى وليس كذلك فى الثانى (ويطلبها) اى الشفيع الشفعة اعلم ان الطلب ههنا ثلاثة طلب المواثبة وطلب الاشهاد والتقرير وطلب الاخذ والتملك ذكر الاول بقوله ويطلبها الشفيع (فى مجلس علمه بالبيع بسماعه) متعلق بالعلم (من رجلين او رجل وامرأتين او واحد عدل) وقالا يكفى واحد حرا كان او عبدا صبيا او امرأة اذا كان الخبر صدقا (وان امتد) اى المجلس لانه لما ثبت له خيار التملك احتيج الى زمان التأمل كما فى المخيرة فلو قال بعد ما بلغه البيع الحمد لله او لا حول ولا قوة الا بالله او سبحان الله لا تبطل شفعته لان الاول حمد لله تعالى على الخلاص من جوار البائع مع الامن من ضرر الدخيل بالشفعة والثانى تعجب منه بقصد اضراره والثالث لافتتاح الكلام كما هو عرف بعض الناس فلا يدل شئ منه على الاعراض (بلفظ) متعلق بيطلبها (يفهم منه طلبها) كطلبت الشفعة او انا طالبها او اطلبها ونحو ذلك فان العبرة للمعنى وفى العرف يراد بهذه الالفاظ الطلب للحال لا الخبر عن امر ماض او مستقبل حتى قال الشيخ ابو بكر محمد بن الفضل اذا سمع ببيع ارض بجنب ارضه فقال شفعة شفعة كان ذلك منه طلبا كذا فى الكافى (وقيل تبطل بأدنى سكوت) حتى او اخبر بكتاب والشفعة فى اوله او وسطه فقرأ الكتاب الى آخره بطلت شفعته قال فى الايضاح الاول اصح (ويسمى) هذا الطلب (طلب مواثبة) ليدل على غاية التعجيل كان الشفيع يثب ويطلب الشفعة والاشهاد فيه ليس بلازم وانما الاشهاد لمخافة الجحود كذا فى الهداية والكافى وسيأتى له زيادة تحقيق ان شاء الله تعالى وذكر الثانى بقوله (ثم يشهد عند الدار) لان الحق متعلق بها (او على البائع) ان كان الدار فى يده ولم تسلم الى المشترى فانها اذا سلمت اليه لم يصح الاشهاد عليه لخروجه من ان يكون خصما اذ لا يد له ولا ملك (او المشترى) وان لم يكن ذا يد لانه مالك (قائلا) حال من ضمير يشهد (اشترى فلان هذه الدار وانا شفيعها وكنت طلبت الشفعة واطلبها الآن فاشهدوا عليه ويسمى طلب اشهاد) وهذا الطلب واجب حتى اذا تمكن من الاشهاد عند الدار او على ذى اليد ولم يشهد بطلت شفعته فاذا كان فى مكان بعيد فسمع فطالب مواثبة وعجز عن طلب الاشهاد عند الدار

وعند عامة المشايخ يشترط ان يكون متصلا بعلمه وهو مروى عن محمد ايضا وهو ظاهر الرواية حتى لو سكت هنيهة بغير عذر ولم يطلب او تكلم بكلام لغو بطلت شفعته كما فى الخانية والزيلعى وشرح المجمع (قوله فلو قال بعد ما بلغه البيع الحمد لله الخ) مفرع على غير ظاهر الرواية وانما هو على رواية اثبات الخيار وان طال المجلس كما فى المخيرة (قوله وقيل تبطل بادنى سكوت) عبارة تقتضى ضعفه وعلمت ان اكثر المشايخ وظاهر الرواية على القول بالبطلان بادنى سكوت (قوله وسيأتى فيه زيادة تحقيق) الذى سيأتى لا تحقيق فيه بل هذا هو التحقيق فان الاشهاد على طلب المواثبة ليس شرطا فيه (قوله فانها اذا سلمت اليه) يعنى الى المشترى (قوله لم يصح الاشهاد عليه) يعنى على البائع هكذا ذكره القدورى والناطفى وشيخ الاسلام انه يصح استحسانا كما فى التبيين وفى المواهب وقيل مطلقا يعنى يشهد عليه يعنى البائع ولو بعد التسليم وهو رواية الجامع الكبير (قوله قائلا اشترى فلان هذه الدار الخ) اقول وانما اقتصر على هذا القدر من تعريف الدار لان الظاهر انه يشير الى الدار والوصف فى الحاضر لا يحتاج اليه فلذا لم يذكر حدودها والا فلا بد منه ولذا قال فى الخانية ولا بد وان يبين انه شفيع بالشركة او بالجوار او بالحقوق ويبين الحدود لتصير معلومة اه (قوله حتى اذا تمكن من الاشهاد عند الدار الخ) يشير به الى تقدير مدة هذا الطلب (قوله او على ذى اليد) يشير به الى انه لا يكون البائع خصما عند تسليمه الى المشترى كما قدمه وعلمت انه يكون خصما استحسانا

او على ذى اليد بوكيل وكيلان واحد او ارسل رسولا او كتابا فان لم يجد فهو على شفعته فاذا حضر طلب وان وجد ولم يفعل بطلت شفعته كذا فى الذخيرة (واذا اشهد فى الاول يعنى طلب المواثبة (عند احدها) اى عند الدار او البائع او المشترى (استغنى عنه) اى عن الاشهاد فى الثانى لقيامه مقام الطالبين نقله فى الكافى عن الفتاوى الظهيرية وفى شرح الهداية عن مبسوط شيخ الاسلام وانما قال عند احدها لان الاشهاد على مجرد طلب المواثبة بلا حضور واحد مما ذكر لا يقوم مقام الطلبين بلا اخفاء (ثم يطلب عند قاض قائلا اشترى فلان دار كذا وانا شفيعها بدار كذا فمره يسلم الى ويسمى طلب تمليك وخصومة وبتأخيره مطلقا) اى شهرا كان او اكثر (لا تبطل) اى الشفعة عند ابى حنيفة وقال محمد اذا تركه شهرا بلا عذر بعد الاشهاد بطلت وهو قول زفر لانها لو لم تسقط به تضرر المشترى اذ لا يمكنه التصرف حذار نقضه من جهة الشفيع فقدر بشهر لانه آجل وما دونه عاجل كما فى الايمان قال شيخ الاسلام الفتوى اليوم على هذا لتغير احوال الناس فى قصد الاضرار بالغير واختاره فى الوقاية وجه قول ابى حنيفة وهو ظاهر المذهب ان حقه قد تقرر شرعا فلا يبطل بتأخيره كسائر الحقوق الا ان يسقطها بلسانه وما ذكر من الضرر يمكنه ان يدفعه بان يرفع الامر الى القاضى حتى يأمر الشفيع بالاخذ او الترك فتى لم يفعل فهو المضر بنفسه (وبه يفتى) كذا فى الهداية والكافى ولو علم انه ليس فى البلدة قاض لا تبطل شفعته بالتأخير اتفاقا اذ لا تمكن من الخصومة الا عند القاضى فكان عذرا (واذا طلب) اى الشفيع الشفعة عند القاضى (سأل القاضى الخصم عن مالكية الشفيع لما يشفع به فان اقر بها او نكل عن الحلف على العلم) بان يحلف بالله ما يعلم انه مالك الدار التى يشفع بها (او برهن الشفيع) بكونه مالكا لما يشفع به (سأله) اى يسأل القاضى المدعى عليه (عن الشراء فان اقر به او نكل عن اليمين على الحاصل او السبب) فان ثبوت الشفعة ان كان متفقا عليه يحلف على الحاصل بالله ما يستحق هذا الشفيع الشفعة على وان كان مختلفا فيه كشفعة الجوار يحلف على السبب بالله ما اشتريت هذه الدار لانه ربما يحلف على الحاصل بمذهب الشافعى (او برهن الشفيع قضى له) اى للشفيع (بها) اى بالشفعة (وان) وصلية (لم يحضر) اى الشفيع (الثمن وقت الدعوى وبعد القضاء لزمه) اى الشفيع احضار الثمن (وللمشترى حبس الدار لقبضه) اى الثمن (وبتأخير ادائه) اى الثمن (لا يبطل) اى الشفعة يعنى اذا قيل لك للشفيع اد الثمن فأخر

ثم لو قصد الابعد من هذه الثلاثة وترك الاقرب فان كانوا جميعا فى مصر جاز استحسانا وان بعضهم فيه والبعض فى مصر آخر او فى الرستاق فقصد الابعد وترك الذى فى مصره بطلت شفعته قياسا واستحسانا كما فى التبيين (قوله وما ذكر من الضرر الخ) استشكله الزيلعي بما اذا كان الشفيع غائبا حيث لا يسقط بالتأخير اه (قوله قال شيخ الاسلام الفتوى اليوم على هذا) قال فى البرهان وهو اصح ما يفتى يعنى به ان تصحيح صاحب الذخيرة والمغنى

وقاضيخان فى جامعه الصغير من كون تقدير السقوط بشهر اصح من تصحيح صاحب الهداية والكافى عدم سقوطها بالتأخير ابدا كسائر الحقوق والفرق بينها وبين سائر الحقوق ان الشفعة حق يملك فى العين لامر موهوم وهو احتمال حصول الضرر من المشترى على وجه يتحقق الضرر على المشترى واما سائر الحقوق فلان تأخيرها ينفع من عليه ولا يضره ويمكنه ان يخرج من العهدة بدفعها الى اربابها اه (قوله واذا طلب سأل القاضى الخصم عن مالكية الشفيع بما يشفع به) يشير به الى انه لا يكتفى بظاهر اليد لان الظاهر يصلح للدفع لا للاستحقاق واكتفى به زفر وهو احدى الروايتين عن ابى يوسف كما فى البرهان (قوله واذا طلب سأل القاضى الخصم الخ) اقول فى التبيين ذكر سؤال القاضى المدعى عليه عن ملك الشفيع اولا عقب طلب الشفيع وليس كذلك بل القاضى يسأل اولا المدعى قبل ان يقبل على المدعى عليه عن موضع الدار من المصر ومحله وحدودها فاذا بين ذلك سأله عن قبض المشترى الدار وعدمه فاذا بين سأله عن سبب شفعته وحدود ما يشفع به فاذا بين ولم يكن محجوبا بغيره سأله متى علم وكيف صنع حين علم فاذا بين سأله عن طلب التقرير كيف كان وعند من اشهد وهل كان الذى اشهد عنده اقرب ام لا فاذا بين ذلك كله ولم يخل بشيء فى شروطه تم دعواه واقبل القاضى على المدعى عليه فسأله عن مالكية الشفيع بما (لا) يشفع به الخ ولا يقال ان المصنف استغنى عن هذا بقوله ثم يطلب عند قاض قائلا اشترى فلان دار كذا وانا شفيعها بدار كذا فمره يسلم الى لانا نقول هذا لا يكفى فى اثبات هذه الدعوى لما قدمته من الشروط فى جانب المدعى

لا تبطل الشفعة (والخصم) للشفيع (البائع قبل التسليم) اى تسليم المبيع الى المشترى لانه ذو اليد (و) لكن (لا تسمع البينة) اى بينة الشفيع (عليه) اى على البائع (بغيبة المشترى ويفسخ) اى البيع (بحضوره) اى المشترى لانه المالك (ويقضى بالشفعة والعهدة على البائع) يعنى يجب تسليم الدار عليه وعند الاستحقاق يكون عهدة الثمن عليه فيطلب منه بخلاف ما اذا قبض المشترى المبيع من يده حيث لا يعتبر حضوره ولا تكون العهدة عليه لانه صار اجنبيا (الوكيل بالشراء خصم للشفيع) لانه العاقد والاخذ بالشفعة من حقوق العقد (ما لم يسلمه الى الموكل) فاذا سلمه اليه يكون هو الخصم اذ لم يبق له يد ولا ملك فيكون الخصم هو الموكل (للشفيع خيار الرؤية والعيب وان شرط المشترى البراءة منه) اى من العيب لان الاخذ بالشفعة شراء من المشترى ان كان الاخذ بعد القبض وان كان قبله فشراء من البائع لتحول الصفقة اليه فيثبت له الخياران كما اذا اشتراه منهما ولا يسقط خياره برؤية المشترى ولا بشرط البراءة منه لان المشترى ليس نائب من الشفيع فلا يعمل شرطه ورؤيته فى حقه (اختلفا) اى الشفيع والمشترى (فى الثمن) قال المشترى الف ومائة وقال الشفيع الف (فالقول للمشترى) مع يمينه لان الشفيع يدعى استحقاق الدار عند نقد الاقل والمشترى ينكره (ولو برهنا فالشفيع اولى) لان بينته اكثر اثباتا معنى وان كان بينة المشترى اكثر اثباتا صورة لان البينات للالزام وبينة الشفيع ملزمة بخلاف بينة المشترى فان بينة الشفيع اذا قبلت وجب على المشترى تسليم الدار اليه بالف شاء اوابى واذا قبلت بينة المشترى لا يجب على الشفيع شئ بل يتخير بين الاخذ والترك (ادعى المشترى ثمنا وبائعه اقل منه بلا قبضه فالقول له) اى البائع (وبه) اى بالقبض (للمشترى) يعنى اذا ادعى المشترى ثمنا وادعى بائعه اقل منه ولم يقبض الثمن اخذها الشفيع بما قال البائع لان الامر ان كان كما قاله البائع فالشفيع يأخذ به وان كان كما قاله المشترى يكون حطا عن المشترى بدعواه الاقل وحط البعض يظهر فى حق الشفيع كما مر وسيأتى فيأخذ به وان كان البائع قبض الثمن اخذها الشفيع بما قال المشترى اذا ثبت ذلك بالبينة او بيمينه لان البائع باستيفاء الثمن خرج من البين والتحق بالاجانب فبقى الاختلاف بين الشفيع والمشترى وقد ثبت ان القول فيه للمشترى (حط البعض يظهر فى حق الشفيع) حيث يأخذ المبيع بالاقل لانه يلحق باصل العقد فكان الثمن ما بقى (لا حط الكل) لان العقد حينئذ يكون بيعا بالا ثمن او هبة وعلى التقديرين لا تصح الشفعة (و) لا (الزيادة) على الثمن الاول لان استحقاقه الاخذ بما دونها (وفى الشراء بمثلى يأخذ) الشفيع (بمثله وفى قيمى) يأخذه (بالقيمة وفى) بيع (عقار بعقار يأخذ كلا بقيمة الآخر) يعنى اذا بيع عقار بعقار يأخذ شفيع كل من العقارين كلا منهما بقيمة الآخر لانه بدله وهو من ذوات القيم (وفى ثمن) اى فى المبيع بثمن (مؤجل يأخذ بحال او يطلب الآن ويأخذ بعد الاجل) لانه يثبت بالشرط وليس من لوازم العقد واشتراطه فى حق المشترى لا يكون اشتراطا فى حق الشفيع كالخيار والبراءة من العيوب ورضاء البائع به ف

(قوله والخصم للشفيع البائع قبل التسليم) يعنى فى طلب التملك (قوله ويفسخ اى البيع بحضوره اى المشترى) يعنى مع حضور المالك (قوله الوكيل بالشراء خصم الخ) اقول لكن لا يشترط للقضاء حضور الموكل ولا كذلك البائع لانه ليس نائب عن المشترى بخلاف الوكيل (قوله ادعى المشترى ثمنا وبائعه اقل منه بلا قبضه فالقول للبائع) اقول ولو ادعى البائع اكثر يتحالفان يعنى البائع والمشترى وايهما نكل ظهر ان الثمن ما قاله الآخر فيأخذها الشفيع بذلك وان حلفا فسخ القاضى البيع ويأخذها الشفيع بقوله البائع كما فى البرهان (قوله وان كان البائع قبض الثمن الخ) هذا اذا كان قبض الثمن ظاهرا كما ذكر بان ثبت بالبينة او اليمين ولو كان غير ظاهر فقال البائع بعت الدار بالف وقبضت الثمن يأخذها الشفيع بالف ولو بدأ بقبض الثمن قبل بيان القدر بان قال بعت الدار وقبضت الثمن وهو الف درهم لم يلتفت الى قوله فى مقدار الثمن كما فى التبيين (قوله لا حط الكل) اى فيأخذها الشفيع بالثمن المسمى الذى ابرأه عنه البائع ان شاء (قوله لان العقد حينئذ الخ) كان ينبغى ان يقول لان الحط للكل لا يلتحق باصل العقد لان العقد حينئذ اى حين الحق الحط به يكون بيعا بالا الخ اى فلا يكون الالحاق معمولا به على ان لفظ البطلان فيه تسامح (قوله لان العقد حينئذ يكون بيعا بالا) اقول الصواب انه يكون فاسدا لان هذا فى حكم المسكوت عن ثمنه بل ارقى منه اذ التسمية وجد لان الحط ليس الا المسمى

(قوله ولو لم يطلب الآن بطلت شفعته) غير صحيح مطلقا لان هذا طلب تملك ولا تبطل الشفعة بتأخيره الى حلول الاجل لا عند الامام لانه لم يقدر له مدة ولا عند محمد لتقديره بشهر (قوله لان حق الشفيع قد ثبت

لا يصح تعليلا لقوله بطلت شفعته بل لقوله

في حق المشتري لا يدل على رضاه في حق الشفيع لتفاوت احوال الناس (ولو لم يطلب الشفيع الآن (وسكت عن طلبها) وصبر ليطلبها عند الاجل (بطلت شفعته) لان حق الشفيع قد ثبت ولهذا كان له ان يأخذه الآن بثمن حال والسكوت عن الطلب بعد ثبوت حقه يبطل الشفعة (وفي شراء ذمي بخمر او خنزير) يأخذ الشفيع (بمثل الخمر وقيمة الخنزير ولو) كان الشفيع (ذميا اوقيمتهما لو) كان الشفيع (مسلما وفي بناء المشتري) في الدار والارض (وغرسه بالثمن وقيمتهما) حال كونهما (مستحق القلع او كلف المشتري قلعهما) يعني اذا بنى المشتري او غرس ثم قضى للشفيع فهو بالخيار ان شاء اخذها بالثمن وبقيمة البناء والغرس وان شاء كلف المشتري قلعهما كما في الغصب (وان قلعهما) اى البناء والغرس (الشفيع فاستحقت رجع بالثمن فقط) ولا يرجع بقيمة البناء والغرس على من اخذه منه بائعا كان او مشتريا بخلاف المشتري فانه يرجع بقيمتهما على البائع لانه مسلط من قبله بخلاف الشفيع لانه اخذ جبرا (وان خربت الدار او احترق بناؤها او جف شجر البستان) بلا فعل احد فالشفيع بالخيار (ان شاء اخذها بتمام الثمن) لان البناء والغرس تابع حتى دخلا في البيع بلا ذكر فلا يقابلهما شيء من الثمن الا ان يكون مقصودا بالاتلاف كما مر (او ترك) لان له ان يمتنع عن تملك الدار بماله (وبحصة العرصة) عطف على تمام الثمن (ان نقض المشتري البناء) يعني ان نقض المشتري البناء قبل للشفيع ان شئت فخذ العرصة بحصتها وان شئت فدع لانه صار مقصودا بالاتلاف فيقابلها شيء من الثمن بخلاف الاول لان الهلاك فيه بآفة سماوية (والنقض له) اى للمشتري لا للشفيع لانه صار منفصلا فلم يبق تبعا حتى يكون للشفيع (وفي شراء ارض بنخل عليها ثمر) يعني اذا شرى ارضا بنخل عليها ثمر وذكر ثمر النخل اذ لا يدخل بدون الذكر (او شراها ولم يكن) على النخل (ثمر واثمرت عنده) اى عند المشتري (يأخذها) اى الشفيع الارض (والثمر بكل الثمن فيهما) اى في الفصلين اما في الاول فلانه باعتبار الاتصال كان تبعا للعقار كالبناء في الدار واما في الثاني فلانه مبيع تبعا لان البيع سرى اليه كما اذا اشترى حاملا فولدت عنده كان ملكه تبعا (واذا جذه المشتري ثم جاء الشفيع لا يأخذ الثمر فيهما) لانعدام تبعيته للعقار وقت الاخذ بالانفصال (لكن في الاول) وهو ما اذا اشترى ارضا بنخل عليها ثمر (ثم سقط حصته من الثمن) لانه دخل في البيع قصدا وكان له قسط من الثمن فيفوت قسطه بفواته (لا الثاني) لانه لا يقابله شيء من الثمن لحدوثه بعد القبض فلم يرد عليه العقد ولا القبض الذي له شبه بالعقد ففواته لا يوجب سقوط شيء من الثمن

باب

(ما تكون هي) اى الشفعة (فيه اولا) تكون (وما يبطلها لا تثبت قصدا الا في

سابقا ويأخذ بعد الاجل فكان حقه ذكره ثمة (قوله والسكوت عن الطلب بعد ثبوت حقه يبطل الشفعة) قد علمنا انه غير صحيح على الاطلاق فليتنبه له (قوله وان قلعهما اى البناء والغرس الشفيع) اقول الصواب فقلعهما بالفاء فالعين فاللام لمكان قوله فاستحقت لانه اذا كان قلعه مقدما على الاستحقاق كان ازالة منه لا بأمر احد والمراد ان الشفيع اذا بنى او غرس فامره المستحق بقلعه لا يرجع بقيمتهما وهذا عندهما وقال ابو يوسف يرجع بقيمتهما على من اخذ منه الدار كالمشتري المغرور من جهة البائع وقالا انه تملك جبرا بخلاف المشتري فانه مسلط من جهة بائعه والشفيع غير مغرور كما في شرح المجمع (قوله وان خربت الدار الخ) هذا اذا لم يبق للبناء نقض ولا من الشجر شيء من حطب او خشب واما اذا بقي شيء من ذلك واخذه المشتري لانفصاله من الارض حيث لم يكن تبعا للارض فلا بد من سقوط بعض الثمن بحصة ذلك لانه عين مال قائم بقي محتبسا عند المشتري فيكون له حصته من الثمن فيقسم الثمن على قيمة الدار يوم العقد وعلى قيمة النقض يوم الاخذ كما في التبيين (قوله وبحصة العرصة ان نقض المشتري البناء) اقول فيقسم الثمن على قيمة الارض والبناء يوم العقد بخلاف المسئلة الاولى وهي ما اذا انهدم البناء بنفسه وكان النقض باقيا حيث يعتبر فيها قيمة النقض يوم الاخذ بالشفعة كما في التبيين (قوله وذكر ثمر النخل) اقول لو لا ذكره شرحا لم يعلم من المتن (قوله واذا (عقار) جزه المشتري الخ) اقول وكذا يسقط حصته من الثمن في الفصل الاول لو هلك بآفة سماوية والله اعلم بالصواب

باب ما تكون الشفعة فيه

عقار) انما قال قصدا لانها تثبت فى غير العقار بتبعية العقار كالشجر والثمر (ومافى حكمه كالعلو) وقدم بيانه (ملك بمال) صفة عقار اى بعوض مالى حتى اذا لم يكن بعوض بل هبة لم يثبت فيه الشفعة وكذا اذا كان العوض غير مالى حتى لو خولع على دار ثبت (وان لم يقسم) اى العقار ومافى حكمه ذكره لان الشفعة لا تثبت فيه عند الشافعى لانها عنده لدفع ضرر القسمة وعندنا لدفع ضرر الجوار (كحمام ورحى وبئر وبيت صغير) بحيث لا ينتفع به اذا قسم (ونهر وطريق) ما او كين (لا بناء ونخل) فانهما ليسا بعقار ولا فى حكمه (بيعا قصدا) وقد عرفت انهما اذا بيعا تبعا للعقار تثبت فيهما الشفعة (وعرض وفلك) خلافا لمالك (وارث) اى موروث فان الدار اذا ملكت بارث لا تثبت فيها الشفعة (وصدقة وهبة الا بشرط عوض بلا شيوع فيهما) اى الموهوب وعوضه فانها ليست بمعاوضة مال بمال فصارت كالارث الا ان تكون بعوض مشروط لانها بيع انتهاء لكن بشرط التقابض وعدم الشيوع فى الموهوب وعوضه لانها هبة ابتداء وان لم يكن العوض مشروطا فلا شفعة فيها (و) لا فى (دار قسمت) بين الشركاء لان القسمة فيها معنى الافراز ولهذا يجرى فيها الجبر والشفعة لم تشرع الا فى المبادلة المطلقة (او جعلت اجرة او بدل خلع او) بدل (عتق او) بدل (صلح من دم عمد او مهرا وان قوبل ببعضها مال) بان تزوج امرأة على دار على ان ترد هى عليه الف درهم فلا شفعة فى شئ منها لانها عندنا تختص بمعاوضة مال بمال مطلق لانها ثبتت بخلاف القياس بالآثار فى معاوضة مال بمال مطلق فيقتصر عليها (او بيعت) عطف على جعلت اى لا شفعة فى دار بيعت (بخيار للبائع ولم يسقط خياره) لانه يمنع زوال الملك عن البائع فان اسقط وجبت لزوال المانع من زوال الملك لكن بشرط الطلب عند سقوط الخيار فى الصحيح لان البيع يصير سببا لزوال الملك عند ذلك (او بيعت (بيعا فاسدا) يعنى اذا اشترى دارا شراء فاسدا فلا شفعة فيها اما قبل القبض فلبقاء ملك البائع فيها واما بعده فلاحتمال الفسخ لان كل واحد من المتبايعين بسبيل من فسخه (ولم يسقط فسخه) فانها اذا بيعت بيعا فاسدا او سقط حق الفسخ بان بنى المشترى فيها تثبت الشفعة (او رد) اى المبيع (بخيار الرؤية او شرط او عيب بقضاء) متعلق برد (بعدما سلمت)

(قوله ومافى حكمه كالعلو) اقول ثم ان كان العلو طريقه طريق السفل يستحق الشفعة بالطريق على انه خليط فى الحقوق وان لم يكن كان طريقه غير طريق السفل يستحقها بالجوارة (قوله لكن بشرط التقابض الخ) اقول ويجب الطلب وقته (قوله او بيعت بخيار) ه بخلاف مالو شريت بخيار فانها تجب اتفاقا ثم اذا اخذها الشفيع فى مدة الخيار لزم البيع لعجز المشترى عن الرد ولا خيار للشفيع (قوله بان بنى) فى هذا الحصر نظر لان شرط وجوبها انقطاع حق البائع ولا يختص بالبناء بل يكون بأعم كالبيع وغيره من اخراجها عن ملك المشترى وعرف فى البيع الفاسد فان باعها اخذها الشفيع ﴿٢١٣﴾ بأى البيعين شاء فان اخذها بالثانى اخذها بالثمن وان بالاول فبالقيمة وان اخرج بغير البيع كالهبة والمهر نقض تصر واخذت بالقيمة (قوله او رد بخيار رؤ او شرط) عطف على او بيعت بيعا فاسد الخ وسواء رد قبل القبض او بعده وسو كان الرد بقضاء او بدونه لم يكن للشف الشفعة لان الرد بخيار الرؤية والشر ليس فى معنى البيع الا ترى انه يرد من غ رضى البائع بل هو فسخ محض فى حـ الكل ورفع العقد من الاصل كأنه لم يكـ فيعود اليه قديم ملكه فلم يتحقق معـ البيع فلا تجب الشفعة (قوله او عيـ بقضاء) قيد بالقضاء فى الرد بالعيـ لاسقاط الاخذ بالشفعة لان الرد به فـ مطلق سواء كان بعد القبض او قبله كـ فى المعتبرات كشروح الهداية وبه يـ مافى قوله بقضاء متعلق برد المصدر به متنه كان يمكن تصحيحه بتعليقه برد المقد فى قوله او عيب بقضاء لكن يأباه تصر بعده بتنزيله يعنى اذا سلمت الشفعة ثم البيع بأخذ ماذكر بقضاء القاضى فـ شفعة لانه فسخ لا بيع بخلاف رد بلا قـ اهفتصريحه بالاخذ بالشفعة فى رد قضاء فى الصور الثلاث خطأ فى الر بخيار رؤية او شرط لما قدمناه على ا القضاء فى الرد بعيب ليس شرطا لابطال الاخذ بالشفعة مطلقا بل فيما بعد القبض لانه قبل القبض فسخ من الاصل كما فى الكا وغيره وفيما بعد القبض يكون اقالة لعدم القضاء به وهى بيع جديد فى حق ثالث وهو الشفيع فله الشفعة قال فى الذخيرة ا اسلم الشفيع الشفعة ثم ان المشترى رد الدار على البائع ان كان الرد بسبب هو فسخ من كل وجه نحو الرد بخيار الرؤية وبخيار الشر وبالعيب قبل القبض بقضاء او بغير قضاء وبعد القبض بقضاء لا يتجدد للشفيع حق الشفعة فان كان الرد بسبب هو بيع جديد حق الثالث نحو الرد بالعيب بعد القبض بغير قضاء والرد بحكم الاقالة يتجدد للشفيع الشفعة اه (قوله بعدما سلمت الخ) لم يذ ما اذا لم يسلم الشفيع وله الاخذ مع كل فسخ وبدون فسخ لكن فى الخيار للبائع عند اسقاطه الخيار كما تقدم كذا فى الذخير

يعنى اذا بيع وسلمت الشفعة ثم رد المبيع باخذ ماذكر بقضاء القاضى فلا شفعة لانه فسخ لا بيع (بخلاف رد بلا قضاء) لان الرد لما لم يجب فأخذه بالرضا صار كأنه اشتراء (او باقالة) فانها بيع فى حق الثالث والشفيع ثالثهما (وتثبت) اى الشفعة (للعبد المستغرق بالدين) بحيث يحيط برقبته وكسبه (فى مبيع سيده وله) اى لسيده (فى مبيعه) اى العبد لان ما فى يده حينئذ ليس ملك مولاه (و) تثبت ايضا (لمن شرى) سواء شرى اصالة او وكالة (او اشترى له) اى لمن وكل آخر بالشراء فاشترى لاجل الموكل والموكل شفيع كان له الشفعة صورته دار بين ثلاثة وللدار جار ملاصق فاذا بيعت الدار واشتراها أحد الشركاء تثبت الشفعة للمشترى سواء اشترى اصالة او وكالة وكذا تثبت للموكل اذا اشتراها الوكيل لاجله وتثبت ايضا للشريك الآخر وفائدته انها لا تثبت للجار لان الشريك مقدم عليه (لا) اى لا تثبت (لمن باع) وكيلا كان او اصيلا لان اخذه بالشفعة يكون سعيا فى نقض ما تم من جهته وهو الملك واليد للمشترى وسعى الانسان فى نقض ما تم من جهته مردود عليه (او بيع له) وهو الموكل لان تمام البيع به اذ لا توكيله لما جاز بيعه (او ضمن الدرك) اى من ضمن الدرك عن البائع وهو شفيع لا تثبت له الشفعة لانه تقرر البيع فكان كالبيع (كذا) اى كما لا تثبت الشفعة فيما ذكر لا تثبت ايضا (فيما بيع الاذراع) ما وقع فى الوقاية من قوله الاذراعا بالنصب كانه سهو من الناسخ (من طول حد الشفيع) اى الامقدار عرضه ذراع او شبر او اصبع وطوله تمام ما يلاصق دار الشفيع فان ما يلاصق اذا لم يبع تثبت الشفعة لانقطاع الجوار وهذه حيلة لاسقاط شفعة الجوار كذا اذا وهب للمشترى هذا المقدار وقبضه وله حيلة اخرى ذكرها بقوله (او شرى سهما بثمن ثم باقيها بثمن آخر فالجار شفيع فى الاول) لانه المبيع اولا لا فى الثانى بل هو فيه جار (والمشترى شريك فى الثانى) والشريك مقدم على الجار وهذه حيلة لابطال حق الشفعة ابتداء هنا حيلة تفيد تقليل ضبة الشفيع فى الشفعة وهى انه اذا أراد ان يشترى الدار بألف اشترى سهما واحدا من الف سهم منها بالف الا درهما ثم اشترى الباقى بدرهم فالشفيع لا يأخذ الشفعة الا الاول بثمنه لا الباقى لان المشترى صار شريكا وهو احق من الجار وحيلة اخرى ذكرها بقوله (او شرى) اى الدار (بثمن غال) كالف مثلا (ودفع ثوبا دينا) قيمته عشرة (به) اى بمقابلة الثمن (فالشفعة بالثمن لا الثوب) لانه عقد آخر والثمن هو العوض عن الدار وهذه حيلة تم الشركة والجوار فيشترى المنزل الذى قيمته مائة بألف ويعطى عن الالف ثوبا قيمته عشرة لكن المنزل اذا استحق يرجع المشترى على البائع بالف لبقاء العقد الثانى فيتضرر البائع فالاولى ان يباع بالدراهم الثمن دينار حتى اذا استحق المنزل يبطل الصرف فيجب رد الدينار فقط اذ الظهر ان الالف لم يكن عليه فصار كمن اشترى من آخر دينارا بعشرة ثم تصادقا على ان لا دين عليه فانه رد الدينار وله حيلة اخرى احسن واسهل ذكرها بقوله (او شرى بدراهم معلومة) اما بالوزن او بالاشارة (بقبضه) اى مع قبضه (فلوس اشير اليها وجهل قدرها وضيع الفلوس بعد القبض) فان الثمن معلوم حال العقد ومجهول حال

(قوله او باقالة) عطف على بخلاف رد بلا قضاء يعنى فتجب فيها (قوله يبطلها) اى الشفعة ترك طلب المواثبة الخ) اقول هذا مستدرك فكان ينبغى تركه كما انه هنا لم يذكر ترك طلب التقرير مع انه مبطل ايضا مع القدرة

الشفعة وجهالة الثمن تمنع الشفعة (كره الحيلة لاسقاط) الشفعة (الثابتة وفاقا) بان يقول المشترى للشفيع بعد اثباته (انا ابيعهامنك بما اخذت فلافائدة فى الاخذبها فيسلم الشفيع) ولا يأخذها بعد الاثبات فتسقط الشفعة لكن تكره (واما) الحيلة (لعدم ثبوتها ابتداء فعندابى يوسف لاتكره) لانه يحتال لدفع الضرر عن نفسه لان فى تملك الدار عليه بلا رضاه ضررا عليه والحيلة لدفع الضرر عن نفسه جائزة وان تضرر الغير فى ضمنه (وعند محمد تكره) لان الشفعة انما ثبت لدفع الضرر وفى اباحة الحيلة ابقاء الضرر (وبالاول يفتى ههنا وبالثانى فى الزكاة) قال صدر الشريعة الشفعة انما شرعت لدفع ضرر الجوار فالمشترى ان كان ممن يتضرر به الجيران لايحل اسقاطها وان كان رجلا صالحا ينتفع به الجار والشفيع متغلب لايحب جواره فحينئذ يحتال فى اسقاطها (يبطلها) اى الشفعة (ترك طلب المواثبة او) ترك (الاشهاد عليه) اى على طلب المواثبة (قادرا عليهما) اما الاول فبان يترك طلب المواثبة حين علم بالبيع قادرا عليه بان لم يأخذ احد فمه اولم يكن فى الصلاة فان شفعته تبطل بالاعراض وهو انما ثبت حالة الاختيار وهى بالاقتدار واما الثانى فبان يترك الاشهاد على طلبها حين علم بالبيع قادرا عليه بان كان عنده رجلان اورجل وامرأتان فسكت ولم يشهدهما على طلبه فانه ايضا دليل الاعراض قال فى الهداية اذا ترك الشفيع الاشهاد حين علم وهو يقدر على ذلك بطلت شفعته وقد قال قبل هذا فى باب طلب الشفعة الاشهاد فى طلب المواثبة ليس بلازم واعترض عليه بان بين كلاميه تناقضا ومنشوء الغفلة عن قوله وهو يقدر على ذلك فان مراده ان الشفيع اذا سمع بالبيع فى مكان خال من الشهود فسكت تبطل شفعته واذا قال طلبت الشفعة ولم يسمعه احد لاتبطل حتى اذا حضرا عند القاضى وقال الشفيع طلبت الشـ... ولم اتركها وحلف على ذلك كان بارا فى يمينه ويثبت طلب المواثبة وسيأتى لهذا زيادة تحقيق من قريب (و) يبطلها ايضا (صلحه) اى الشفيع (منها) اى الشفعة (بعوض) لانه تسليم (فيرده) اى العوض لبطلان الصلح لانها مجرد حق التملك بلا ملك فلايصح الاعتياض عنه لانه رشوة فيرده (و) يبطلها ايضا (موت الشفيع بعد البيع قبل القضاء بها) اى بالشفعة ولم يكن لورثته حق الاخذ بالشفعة حتى اذا مات بعد القضاء بها ولو قبل نقد الثمن وقبضه لاتبطل لتقرره بالقضاء وجه بطلانها انها مجرد حق التملك وهو لايبقى بعد موت صاحب الحق فكيف يورث عنه (لا) اى لايبطلها موت (المشترى) لان المستحق باق فبموت المستحق عليه لايتغير سبب الاستحقاق (و) يبطلها ايضا (بيعه مايشفع به قبل القضاء بها) يعنى اذا باع الشفيع داره التى يشفع بها بعد شراء المشترى قبل ان يقضى له بالشفعة وهو يعلم بالشراء اولا بطلت شفعته لان الاستحقاق بالجوار والشركة وقد زال قبل التملك (و) يبطلها ايضا (جعله) اى جعل مايشفع به (مسجدا او مقبرة او وقفا مسجلا) قال قاضيخان شرط قيام ملك الشفيع فيما يستحق به الشفعة وقت القضاء فلو جعل داره التى يستحق بها الشفعة مسجدا او مقبرة او وقفا مسجلا ثم قضى له بالشفعة لم يكن شفيعا للمبيعة فان المسجد والمقبرة والوقف المسجل بمنزلة

(قوله او ترك الاشهاد على طلب المواثب... هذا سهو لان الشرط الطلب فقط دو... الاشهاد عليه كما سيذكره هو وكما افاده بقوله الاشهاد فيه اى طلب المواثبة ليس بلازم وانما الاشهاد لمخافة الجحود كـ... فى الكافى والهداية اه وكذا فى شر... القدورى لابى نصر والزيلعى (قو... قال فى الهداية اذا ترك الخ) العجب... المصنف رحمه الله كيف لم ينتبه لما قاله ال... اكمل الدين من تأويل عبارة الهدا... ونصه قوله واذا ترك الشفيع الاشهاد... علم يعنى طلب المواثبة وهو يقدر على ذ... بطلت شفعته وانما فسرنا بذلك كيلا... ماذكر قبل هذا ان الاشهاد ليس بشر... فان ترك ماليس بشرط فى شئ لا يـ... ويعضده قول المصنف يعنى صاحب الـ... من قبل والمراد بقوله فى الكتاب اشـ... مجلسه ذلك على المطالبة طلب المو... وقوله ههنا الاعراضه عن الطلب اهـ... الاكمل رحمه الله تعالى (قوله واعـ... عليه بان بين كلاميه تناقضا ومنـ... الغفلة عن قوله وهو يقدر الخ) ... بدفع الاعتراض لقوة ظهور المخالفة... تأويل الشيخ اكمل الدين الذى... رحمهم الله (قوله فاذا بيع الدار)... بيع بعضها بأن اشترى الشريك... شريكه (قوله ويبطلها ايضا بيعه ما... به) المراد بيع لاخيار للبائع فيه سوا... باتا او فيه خيار المشترى (قوله و... مسجدا او مقبرة) تقدم بماذا يصير... ماذكر (قوله او وقفا مسجلا)... على القول بلزوم الوقف بمجرد ا... ان تسقط به وان لم يسجل

الزائل عن ملكه (قال الشفيع طلبت حين علمت فالقول له بيمينه) قوله فالقول له يدل على ان الاصل ان يقيم المشترى البينة امابان يقول للشفيع تركت الطلب ليكون فى صورة الاثبات اويقول ماطلبت لانه وان كان نفيا ظاهرا لكنه نفى محصور فيكون فى حكم الاثبات كما تقرر فى الاصول وعلى التقديرين ان اقام البينة تقبل ولا يحلف المشترى الشفيع بانه لم يترك او طلب وان لم يكن له بينة على تركه واقام الشفيع البينة على طلبه تقبل وان كان لهما بينة ترجح بينة المشترى لان الشفيع يتمسك بالظاهر ولهذا كان القول له ولم يكلف باقامة البينة بخلاف قوله علمت امس وطلبت كما سيأتى ويدل على ذلك ماذكر فى بعض شروح تلخيص الجامع ان الشفيع لو لم يكن بحضرته احد يسمع ينبغى ان يطلب لانه يصح بلا اشهاد انما الاشهاد لئلا ينكر فينبغى ان يطالب حتى اذا حلفه المشترى يمكنه ان يحلف انه طلب كما سمع فظهر ان الحكم ههنا ان المشترى ان اقام البينة حكم بها والا فان اقامها الشفيع حكم بها وان لم يكن لواحد منهما بينة حلف الشفيع فحكم بالشفعة (ولو قال علمت امس وطلبت كلف اقامة البينة) ولا يقبل قوله لانه اضاف الطلب الى وقت ماض فقد حكى مالا يملك استئنافه للحال ومن حكى مالا يملك استئنافه للحال لا يصدق فيما حكى بلا بينة واذا لم يضف الطلب الى وقت ماض بل اطلق الكلام اطلاقا فقد حكى ما يملك استئنافه للحال لانا نجعله كأنه علم بالشراء الآن وطلب الشفعة الآن فاذا جعل القول قوله كذا فى العمادية وغيرها (سمع) اى الشفيع (شراءك فسلمها) اى الشفعة (فظهر شراء غيرك او) سمع (بيعه بألف فسلم وكان باقل او بكيلى اووزنى اوعددى متقارب قيمته الف او اكثر فهى له) اى الشفعة تكون للشفيع ولا يكون تسليمه مانعا (وبعرض كذلك) اى اذا علم انها بيعت بعرض قيمته الف او اكثر (لا) اى لا يكون له الشفعة والاصل فيه ان الغرض فى الشفعة يختلف باختلاف قدر الثمن وجنسه والمشترى فاذا سلم فى بعض الوجوه ثم تبين خلافه بقيت الشفعة بحالها لان التسليم لم يوجد على الوجه الذى استحقه بيانه انه اذا اخبر ان الدار بيعت بالف درهم فسلم الشفيع الشفعة ثم علم انها بيعت باكثر فالتسليم صحيح لانه انما سلم لاستكثار الثمن فاذا كان اكثر من ذلك كان ارضى بالتسليم وان علم انها بيعت باقل او بحنطة او شعير قيمتهما الف او اكثر فهو على شفعته لان تسليمه عند كثرة الثمن لا يدل على تسليمه عند القلة وكذا تسليمه فى احد الجنسين لا يكون تسليما فى الآخر فربما يسهل عليه اداء احدهما ويتعذر الآخر وكذا كل موزون او مكيل او عددى متقارب بخلاف ما اذا علم انها بيعت بعرض قيمته الف او اكثر فانه تسليم لانه انما يأخذ بقيمته دراهم او دنانير ولو انها بيعت بدنانير قيمتها الف او اكثر صح التسليم وكذا هذا وان كان اقل فهو على شفعته (يشفع على حصة احد المشترين لا) حصة (احد الباعة بل اخذ الكل او ترك) يعنى اشترى جماعة من واحد فللشفيع ان يأخذ نصيب احدهم وان باعه جماعة من واحد لا يأخذ حصة احد الباعة لان فى الاول دفع ضرر الجار لا الثانى (و) يشفع ايضا (نصفا مفرزا بيع مشاعا من دار فقسما) يعنى اشترى رجل نصف

(قوله امابان يقول للشفيع تركت الطلب) يعنى يقول له انت قلت تركت الطلب وتشهد به البينة (قوله يشفع على حصة احد المشترين) اقول سواء كان قبل القبض او بعده على الصحيح لكن لا يأخذ نصيب احدهم اذا نقد حصته من الثمن حتى ينقد الجميع سواء سمى لكل ثمنا او للكل جملة (قوله لان فى الاول دفع ضرر الجار لا الثانى) اقول الاولى فى التعليل ان يقال لان فى الاول بأخذه نصيب احدهم قام مقامه فلا تتفرق الصفقة على احد وفى الثانى تفريقها على المشترى فيتضرر به وبعيب الشركة زيادة ضرر وهى شرعت على خلاف القياس لدفع الضرر عن الشفيع فلا تشرع على وجه يتضرر به المشترى ضررا زائدا سوى الأخذ اه (قوله فالشفيع ان يأخذ النصف الذى صار للمشترى او يدع) اقول ويأخذه فى اى جانب كان على المفتى به واطلاق المصنف رحمه الله يدل عليه وهو مروى عن ابى يوسف وعن ابى حنيفة انه انما يأخذه اذا وقع فى جانب الدار التى يشفع بها لانه لا يبقى جارا فيما يقع فى الجانب الآخر

دار فقاسم البائع فللشفيع ان يأخذ النصف الذى صار للمشترى او يدع وليس له ان
يفسخ القسمة لانها من تتمة القبض لان القبض للانتفاع ولا يتم الانتفاع فى الشائع الا
بالقسمة (صح للاب والوصى تسليمها) اى الشفعة (على الصغير) لانه ترك التجارة فصح
ممن يملك التجارة (كذا اذا بلغهما شراء دار بجوار الصبى فسكتا) فان السكوت عن
الطلب ممن يملك التسليم بمنزلة التسليم (الوكيل بطلبها اذا سلم او اقر على الموكل بتسليمه)
الشفعة صح لو) كان التسليم او الاقرار (عند القاضى) وان كان فى غيره فلا يجوز الا
انه يخرج من الخصومة وقال ابو يوسف يجوز مطلقا وقال زفر لا يجوز مطلقا

كتاب الهبة

لما فرغ من البيع الذى هو تمليك عين بعوض وما يتبعه من الشفعة شرع فى الهبة التى هى
تمليك عين بلا بعوض فقال (هى) لغة تبرع وتفضل بما ينفع الموهوب له مطلقا قال الله تعالى
فهب لى من لدنك وليا وقال الله تعالى يهب لمن يشاء اناثا ويهب لمن يشاء الذكور وشرعا
(تمليك عين بلا عوض) اى بلا شرط عوض لان عدم العوض شرط فيه لينتقض بالهبة
بشرط العوض فتدبر (وتصح بايجاب كوهبت) فانه صريح فيها (ونحلت) ايضا كذلك
يقال نحله كذا اى اعطاه اياه بطيب نفسه بلا عوض (واعطيت واطعمتك هذا الطعاما
فاقبضه) قال صاحب الهداية الاطعام اذا اضيف الى ما يطعم عينه يراد به تمليك العين بخلاف
ما اذا قال اطعمتك هذه الارض حيث تكون عارية لان عينها لا تطعم وقال صاحب المحيط
اضافة الطعام الى ما يطعم عينه يحتمل التمليك والاباحة فاذا احتمل الامرين فاذا قال
اقبضه دل ذلك على ان المراد التمليك ولهذا زيد ههنا قوله فاقبضه (وجعلت هذا لك) فان
اللام للتمليك (واعمرتكه) لقوله صلى الله عليه وسلم من اعمر عمرى فهو للمعمر له
ولورثته من بعده وسيأتى تمام بيانه (وجعلته لك عمرى وحملتك على هذه الدابة او نوى)
اى نوى بالحمل الهبة لانه ليس بصريح فيها فيحتاج فيها الى النية لانه يراد به الهبة يقال حمل
الامير فلانا على الفرس يراد به التمليك (وكسوته) يعنى هذا الثوب فان الكسوة يراد بها
التمليك قال الله تعالى او كسوتهم (ودارى لك) مبتدأ وخبر (هبة) نصب على الحال من
ضمير الظرف واللام فى لك للتمليك (تسكنها) هذا ليس فى الهبة بل تنبيه على المقصود
بمنزلة قوله هذا الطعام لك تأكله وهذا الثوب لك تلبسه (لا فى) دارى لك (هبة سكنى)
فان قوله سكنى تمييز فيكون تفسيرا لما قبله فتكون عارية لا هبة (او عكسه) وهو دارى لك
سكنى هبة فان معناه دارى لك بطريق السكنى حال كون السكنى هبة فتكون عارية لا هبة
(او) دارى لك (نحل سكنى) فان تقديره نحلتها نحلى وقوله سكنى تمييز (او) دارى لك
(سكنى صدقة) اى بطريق السكنى حال كون السكنى صدقة (او) دارى لك (صدقة
عارية) اى حال كونها صدقة بطريق العارية فعارية تمييز يفهم منه المنفعة (او)
دارى لك (عارية هبة) اى بطريق العارية حال كون منافعها هبة لك فان هذه
العبارات تدل على العارية لا الهبة (وقبول) عطف على ايجاب فانها كالبيع

(قوله وليس له ان يفسخ القسمة
بخلاف ما اذا قاسم المشترى الش
الذى لم يبع حيث يكون للشفيع
لعدم وقوع العقد من قاسم فلم تكن
تمام القبض (قوله صح للاب والو
تسليمها الخ) هذا اذا بعت بمثل
وان بعت بأكثر منها مما لا يتغابن ا
فى مثله قيل جاز التسليم بالاجماع
لا يجوز التسليم بالاجماع وهو الا
فى التبيين وفى البرهان وهذا اذا
بمثل قيمتها فان بيعت بغبن فاحش
يجوز التسليم لانه تمحض نظرا
لا يصح بالاتفاق وهو الاصح لانه
الاخذ فلا يملك التسليم كالاجن

كتاب الهبة

(قوله لانه ليس بصريح فيها الخ)
هذا المراد الثانى منها فينبغى ان
لان الحمل يراد به العارية والهبة
نوى الهبة اعتبرت اذا لم ينو يحمل
ادناهما وهو العارية (قوله قال الله
او كسوتهم) وجه الاستدلال به حمل
التمليك ان الكفارة لا تتأتى با
فكان تمليك الذات مرادا (قوله ف
تفسير لما قبله) يعنى قوله دارى لك
(قوله فتكون عارية) اقول لانها
فيها او الهبة تحتملها وتحتمل ت
العين فيحمل المحتمل على ال

لا تصح الا بالايجاب والقبول (وتتم) عطف على تصح (بالقبض) قال الامام حميد الدين ركن الهبة الايجاب فى حق الواهب لانه تبرع فيتم من جهة المتبرع اما فى حق الموهوب له فلا يتم الا بالقبول ثم لا ينفذ ملكه فيه الا بالقبض (الكامل) الممكن فى الموهوب والقبض الكامل فى المنقول ما يناسبه وفى العقار ما يناسبه فقبض مفتاح الدار قبض لها والقبض الكامل فيما يحتمل القسمة بالقسمة حتى يقع القبض على الموهوب بالاصالة من غير ان يكون بتبعية قبض الكل وفيما لا يحتمل القسمة بتبعية الكل (واو) وصلية (شاغلا ملك الواهب لا مشغولا به فتتم) تفريع على قوله وتتم بالقبض الكامل (بالقبض فى مجلسها) اى مجلس الهبة (بلا اذنه) اى الواهب (وبعده) اى بعد المجلس (به) اى باذنه (ولو نهاه) اى نهى الواهب الموهوب له عن القبض (لم يصح) القبض (مطلقا) اى فى المجلس وبعده اذ لا عبرة للدلالة بمقابلة التصريح (فى محوز) متعلق بقوله تتم بالقبض والمراد به ان يكون مفرغا عن ملك الواهب وحقه واحتراز عن هبة الثمر على النخل ونحوه كما سيأتى (مقسوم) اى تعلق به القسمة ولم يبق مشاعا (ومشاع لا يقسم) اى ليس من شانه ان يقسم بمعنى انه لا يبقى منتفعا به بعد القسمة اصلا كعبد واحد ودابة واحدة اذ لا يبقى منتفعا به بعد القسمة من جنس الانتفاع الذى كان قبل القسمة كالبيت الصغير والحمام الصغير والثوب الصغير (لا) اى لا تتم بالقبض (فيما) اى مشاع (يقسم) اى من شانه القسمة كالارض والثوب المذروع ونحوه ذلك (ولو) وصلية اى ولو كانت الهبة (لشريكه) اى لشريك الواهب لان القبض الكامل لا يتصور فيه (فان قسمه) اى افرز الجزء الموهوب المشاع (وسلمه) اى الموهوب له (تمت) الهبة لان تمامها بالقبض وعنده لا شيوع فيه ولو سلمه شائعا لا يملكه حتى لا ينفذ تصرفه فيه فيكون مضمونا عليه وينفذ فيه تصرف الواهب ذكره قاضيخان (كلبن فى ضرع وصوف على غنم وزرع ونخل فى ارض وتمر على نخل) هذه نظائر المشاع لا امثلتها اذ لا شيوع فى شئ منها لكنها فى حكم المشاع حتى اذا فصلت هذه الاشياء من ملك الواهب وسلمت صح هبتها كما فى المشاع (بخلاف دقيق فى بر ودهن فى سمسم وسمن فى لبن حيث لا يصح اصلا) اى سواء افرزها وسلمها اولا لان الموهوب فى حكم المعدوم ومر ان الحنطة استحالت وصارت دقيقا وكذا غيرها وبعد الاستحالة هو عين آخر على ما عرف فى الغصب بخلاف المشاع فانه محل للملك حتى يجوز بيعه لكن لا يمكن تسليمه فاذا زال المانع جاز (وتتم) عطف على قوله فتتم بالقبض وتفريع على قوله ولو شاغلا ملك الواهب لا مشغولا به (فى متاع فى داره وطعام فى جرابه اذا سلمهما بما فيهما بخلاف العكس) يعنى لو وهب متاعا فى داره او طعاما فى جرابه وسلمهما اى الدار والجراب بما فيهما صحت الهبة فى المتاع والطعام ولو وهب دارا وفيها متاع الواهب وسلم الكل الى الموهوب له او وهب جرابا وفيه طعام الواهب وسلم الجراب لا تصح الهبة والاصل ان الموهوب متى كان مشغولا بملك الواهب يمنع التسليم فيمنع صحة الهبة ومتى كان شاغلا لا يمنع التسليم فتصح الهبة ففى الفصل الاول الموهوب شاغل لا مشغول وفى الثانى

(قوله من غير ان يكون بتبعية قبض الكل) اقول يعنى ان قبض بعض ما يقسم فى ضمن الكل لا يفيد الملك حتى لو وهب نصف دار غير مقسوم ودفع الدار اليه فباع الموهوب له ما وهب له لا يجوز بيعه بمنزلة من باع هبة لم يقبضها (قوله ذكره قاضيخان) اقول وقال عقبه ذكر عصام رحمه الله انها تفيد الملك وبه اخذ بعض المشايخ رحمهم الله وسيأتى ان الهبة الفاسدة تفيد الملك بالقبض وبه يفتى (قوله وتتم فى متاع فى داره وطعام فى جرابه اذا سلمها بما فيهما) هذا ليس بشرط لانه لو سلم الموهوب دون ما هو فيه يصح ايضا كما نقله شارح المجمع عن المحيط (قوله ففى الفصل الاول الموهوب شاغل) وقع فى بعض النسخ شاغلا فحذف كان واسمها وابقى خبرها وهو مع كونه على قلة لا يصح هنا قوله بعده لا مشغول

الموهوب مشغول بملك الواهب وهذا لان المظروف يشغل الظرف وأما الظرف فلا يشغل المظروف (الا اذا وهب المتاع والطعام أيضا فقبض الكل باذنه تصح فى الكل) يعنى لو وهب الدار ولم يسلم حتى وهب المتاع أو وهب الجراب ولم يسلم حتى وهب الطعام وسلم الكل صحة الهبة فى الكل لانه اذا سلم الكل جملة صار كانه وهب الكل جملة بخلاف ما اذا تفرق التسليم وانما قال باذنه لانه ان لم يأذن له بالقبض فقبض ضمن لانه أفسد ملك غيره كذا فى الكافى (وينوب القبض فى المجلس مناب القبول) يعنى اذا صدر الايجاب من الواهب فقبل قبول الموهوب له العقد اذا قبض الموهوب باذنه صحت الهبة لان القبض فى المجلس دليل القبول (ثم ان القبض فى المجلس هل يحصل بالتخلية بين الموهوب له والموهوب اختلف فيه المشايخ) حتى قال الامام أبو الليث هى قبض عند محمد لا عند أبى يوسف (والمختار انه يصح فى صحيحها) أى الهبة (بالتخلية لا فاسدها) كذا فى الفتاوى الظهيرية (وهب دارا بمتاعها وسلمها فاستحق المتاع صحت فى الدار) اذ بالاستحقاق ظهر ان يده فى المتاع كانت يد غصب وصار كما لو غصب الدار والمتاع ثم وهب له الدار أو أودعه الدار والمتاع ثم وهب له الدار فانه يصح (ولو وهب أرضا وزرعها وسلمها فاستحق الزرع بطلت) الهبة (فى الارض) لان الزرع مع الارض بحكم الاتصال كشئ واحد فاذا استحق أحدهما صار كانه استحق البعض الشائع فيما يحتمل القسمة فتبطل الهبة فى الباقى كذا فى الكافى قال صدر الشريعة المفسد هو الشيوع المقارن لا الشيوع الطارى كما اذا وهب ثم رجع فى البعض الشائع أو استحق البعض الشائع بخلاف الرهن فان الشيوع الطارى مفسد وفى الفصولين ان الشيوع الطارى لا يفسد الهبة بالاتفاق وهو ان يرجع فى بعض الهبة شائعا أما الاستحقاق فيفسد الكل لانه مقارن لا طار كذا ذكره شيخ الاسلام أبو بكر فى هبة المحيط أقول عده صور الاستحقاق من أمثلة الشيوع الطارى غير صحيح والصحيح ما فى الكافى والفصولين لان الاستحقاق اذا ظهر بالبينة كان مستندا الى ما قبل الهبة فيكون مقارنا لها لا طاريا عليها (الهبة الفاسدة تفيد الملك بالقبض وبه يفتى) كذا فى الفصولين (ويلى القريب الرجوع فيها) أى فى الهبة الفاسدة يعنى اذا ثبت الملك فيها هل يثبت ولاية الرجوع للواهب فيما وهب هبة فاسدة لذى رحم محرم منه قال بعض المشايخ كانت المسئلة واقعة الفتوى وفرقت بين الهبة الصحيحة والفاسدة وأفتيت بالرجوع وقال الامام الاستروشنى والامام عماد الدين هذا الجواب مستقيم أما على قول من لا يرى الملك بالقبض فى الهبة الفاسدة فظاهر وأما على قول من يرى فلان المقبوض بحكم الهبة الفاسدة مضمون على

(قوله الا اذا وهب المتاع والطعام فقبض الكل) اقول الحصر ممنوع لانه اذا فرغ الموهوب عن ملكه وقبضه الموهوب له ملكه لزوال المانع وهذا كما ذكر فيما تقدم من هبة اللبن فى الضرع ونظائره (قوله اذا قبض الموهوب باذنه) يخالف ما قدمه اذ لا يشترط الاذن صريحا فى مجلس الهبة فتنبه المطلق احسن (قوله يصح فى صحيحها بالتخلية) اقول التخلية ان يخلى بين الهبة والموهوب له ويقول قبضته كما فى الخانية (قوله الهبة الفاسدة تفيد الملك بالقبض) اقول فهى كالهبة الصحيحة فى اشتراط القبض لافادة الملك لكنها مضمونة بالقيمة بهلاكها فى يد الموهوب له كما صرح به المصنف وسنذكره ايضا من العدة واقول فى اطلاق ضمان الفاسدة بهلاكها تأمل اذ لا شك انه قابض باذن الواهب لا على وجه المعاوضة فلا اقل من كون الهبة حينئذ امانة فى يد الموهوب له هبة فاسدة لتسليط المالك الموهوب له على قبضها ويجب ان يقال بل وعلى اتلافها بلا بدل فلا يحكم بالضمان بمجرد القبض والتلف فى يده اللهم الا ان يكون قد اتلفه بصنعه او لم يكن المالك اذن بالقبض صريحا فليتأمل (قوله وبه يفتى كذا فى الفصولين) ونصه وفى فوائد بعض المشايخ الهبة الفاسدة تفيد الملك بالقبض وبه يفتى ثم اذا ثبت الملك هل يثبت ولاية الرجوع للواهب فيما اذا وهب هبة فاسدة لذى رحم محرم منه قال اى ذلك البعض الى آخر ما قاله المصنف قلت وقد ذكر العمادى قبل هذا موافقته بقوله منها اى صور الهبة الفاسدة اذا وهب لاثنين شيأ يحتمل القسمة فاذا قبضاه يثبت الملك لهما قبل القسمة ويكون مضمونا عليهما وهكذا ذكر فى الفتاوى الصغرى وقال وبه يفتى اه ثم قال العمادى عقبه وذكر فى العدة الهبة الفاسدة مضمونة بالقبض اما لا تثبت الملك للموهوب له بالقبض هو المختار اه قلت فقد اختلف الصحيح فى ثبوت الملك بالقبض فى الهبة الفاسدة وكان على المصنف رحمه الله تعالى ذكر التصحيحين اه (قوله واما على قول من يرى فلان المقبوض بحكم الهبة الفاسدة مضمون الخ) هذا غير ظاهر لان قوله فلان المقبوض بحكم الهبة الفاسدة مضمون لا يكون منتجا الا على القول بعدم الملك والا فكيف يكون مالكا ضامنا فاذ كر من استفادة الجواب فيه نظر وعلى اطلاق قوله ان المفتى به افادة الملك بالقبض فيما وهبه هبة فاسدة

(قوله وهبت لك هذه الغرارة الحنطة او الزق السمن الخ) اقول هذا وان كان مستغنى عنه بما احال على معرفته لكن لما كان ظاهر قوله وهبت لك هذا الزق متناولا للظرف والمظروف صارت غير ما تقدم لانه فيما تقدم نص على المظروق فقط بخلاف ما هنا (قوله وتم هبة ما مع الموهوب له بلا قبض جديد) فان قلت هذا ظاهر الا فيما اذا كان بيده بطريق الوديعة فانه مشكل لكون يده يد المالك نيابة عنه فى الحفظ فكيف ينوب هذا القبض من قبض الهبة قلنا يد المالك حكمية والقابض

حقيقية فباعتبارها نزل قابضا لاقامة يده مقام يد المالك حكما مادام عاملا له وبعد الهبة ليس بعامل له فتعتبر الحقيقية (قوله او امانة) يعنى كالمستأجر ثم لا يخفى انه لم يوف بما يحتمله المتن من العين المضمونة كالغصب والرهن لكن لما ذكر خلاف مسألة البيع كمسئلة الهبة فيما ذكره احتاج الى الاقتصار عليه وان كانت مسئلة الهبة اعم لشمولها العين المضمونة ايضا وما ذكره من الاصل يشير الى هذا (قوله لانه وليه فيشترط قبضه) اقول وهكذا وقع فى التبين ولعل حق العبارة فلا يشترط قبضه فليتأمل (قوله اذا كان معلوما) اقول ولو دارا يسكنها الاب ومتاعه فيها وعليه الفتوى كما فى البزازية او يسكنها غيره بلا اجرة والام كالاب لو ميتا والابن فى يدها وليس له وصى وكذا من يعوله والصدقة فى هذا كله كالهبة كما فى التبين (قوله وهبت دارها من زوجها وهى ساكنة فيها مع الزوج جاز) كذا فى البزازية قلت لانها وما فى يدها فى يد الزوج فلم يكن يدها مانعة من قبضه اه لكن نقل فى الذخيرة عن المنتقى عن ابى يوسف لا يجوز للرجل ان يهب من امرأته وان تهب لزوجها او الاجنبى دارا وهما ساكنا فيها وكذلك الهبة للولد الكبير لان يد الواهب ثابتة على الدار اه (قوله وتم ما وهب اجنبى له) اى للطفل بقبضه قال فى الاشباه والنظائر الا اذا وهب له اعمى لا نفع له وتلحقه مؤنته فان قبوله باطل ويرد الواهب كما فى الذخيرة (قوله او قبض زوجها لها اى الصغيرة) اقول لا يخفى عدم معرفة قيد الصغر من المتن لكنه لما كان المقام فى الهبة للصغير استغنى عن ذكره (قوله ولكن بعد الزفاف) اقول ولا يشترط ان تكون ممن يجامع مثلها فى الصحيح كما فى التبين

تقرر فاذا كان مضمونا بالقيمة بعد الهلاك كان مستحق الرد قبل الهلاك فيملك الرجوع والاسترداد (قال وهب لك هذه الغرارة الحنطة او الزق السمن صحة الهبة فى الحنطة والسمن فقط) لما عرفت ان كلا منهما شاغل الملك الواهب لا مشغول به (وهبت دارها لزوجها وهما بمتاعهما ساكنان فيها جازت) الهبة ويصير الزوج قابضا للدار لان المراة ومتاعها فى يد الزوج فصح التسليم ذكره قاضيخان (وهب ثيابا فى صندوق مقفل ودفعه) اى الصندوق (لا يكون قبضا) فلا تتم الهبة لان القبض انما يحصل اذا صح الانتفاع به ولا انتفاع مع القفل (وتم هبة ما مع الموهوب له بلا قبض جديد) يعنى اذا كانت العين الموهوبة فى يد الموهوب له وديعة او عارية او امانة ملكها بالهبة والقبول وان لم يجدد فيها قبضا لان القبض فى باب الهبة غير مضمون فيعتبر فيه اصل القبض وهو موجود ههنا فناب عن قبض الهبة (بخلاف البيع) يعنى اذا باع الوديعة او نحوها ممن فى يده يحتاج الى قبض جديد لان البيع يقتضى قبضا مضمونا وقبض المودع قبض امانة فلا ينوب عن قبض الضمان بل يحتاج الى تجديد القبض والاصل فيه ان القبضين اذا تجانسا ناب احدهما مناب الآخر لاتحادهما جنسا واذا اختلفا ناب الاقوى عن الاضعف بلا عكس لان فى الاقوى مثل الادنى وزيادة وليس فى الادنى ما فى الاقوى (و) تم ايضا (ما وهب) اى الاب (لطفله بالعقد) لانه فى قبض الاب فينوب عن قبض الصغير لانه وليه فيشترط قبضه سواء كان فى يده حقيقة او يد مودعه لان يد المودع كيد المالك بخلاف ما اذا كان فى يد الغاصب او المستأجر او المرتهن حيث لا تجوز الهبة لعدم قبضه لان كل واحد منهم قابض لنفسه (اذا كان) اى الموهوب (معلوما) قال فى النهاية لفظ المبسوط وكل شئ وهبه لابنه الصغير واشهد عليه وذلك الشئ معلوم فهو جائز والقبض فيه باعلام ما وهبه له والاشهاد عليه ثم قال والاشهاد ليس بشرط بل الهبة تتم بالاعلام الا انه ذكر الاشهاد احتياطا للتحرز عن جحود سائر الورثة بعد موته وعن جحوده بعد ادراك الولد (و) تم ايضا (ما وهب اجنبى له) اى للطفل (بقبضه) اى الطفل (عاقلا) لانه فى النافع المحض ملحق بالبالغ (او قبض ابيه او جده او وصى احدهما) لانه قائم مقامهما (او) قبض (ام هو) اى الطفل (معها او) قبض (اجنبى يربيه وهو) اى الطفل (معه او) قبض (زوجها لها) اى للصغيرة لكن (بعد الزفاف) لان الاب اقامه مقام نفسه فى حفظها وقبض الهبة لها ولو قبض الاب ايضا صح لان اصل الولاية له وولاية الزوج

منه (لم يجز هبة الحمل) لكونه وصفا للامة لاتصاله بها بمنزلة اطرافها (ولاله) اى لم يجز الهبة للحمل وان جاز الاقرار له ان بين سببا صالحا وسيأتى بيانه فى الاقرار ان شاء الله تعالى (صح هبة اثنين دار الواحد) لانهما سلماها جملة وهو قد قبضها بلا شيوع (وعكسه) وهو هبة واحد لاثنين (لا) اى لا تصح لانها هبة النصف من كل واحد فيلزم الشيوع (كتصدق عشرة على غنيين) فانه لا يجوز لان التصدق على الغنى هبة فلا تجوز للشيوع (وصح هو) اى تصدق العشرة (وهبتها على فقيرين) لان الهبة للفقير صدقة والصدقة يبتغى بها وجه الله تعالى وهو واحد والفقير نائب منه بخلاف الهبة (وهب نصف الدار وسلم ثم الباقى لم يجز ولو وهبه) اى الباقى (قبل التسليم) وسلم الكل جملة (صحت فى الكل) لانه اذا سلم الكل جملة صار كانه وهب الكل جملة بخلاف ما اذا تفرق التسليم (هبة دار مشتراة قبل القبض) متعلق بالهبة (تجوز) يعنى اذا اشترى دارا فقبل ان يقبضها وهبها لآخر جازت الهبة لما عرفت ان التصرف فى العقار قبل القبض يجوز (كذا) اى يجوز (هبة درهم صحيح لرجلين) (لانه هبة مشاع لا يقسم وانما قال صحيح لان المغشوش فى حكم العروض كما عرفت فيكون مما يقسم فلا يصح هبته لرجلين للشيوع (معه درهمان قال لرجل وهبت لك درهما منهما ان استويا) اى قدرا (لم يجز والا جازت) والفرق ان الهبة فى الوجه الاول تناولت احدهما وهو مجهول فلا تجوز وفى الثانى تناولت قدر درهم منهما وهو مشاع لا يحتمل القسمة فتجوز (و) تجوز ايضا (هبة آبق مترددة فى دار الاسلام لنافلة) لان يد المولى باقية عليه حكما لقيام يد اهل الدار عليه فتمنع ظهور يده تملكهم ان دخل فيها ولو وهبه بعد دخوله فيها لم تجز وقد مر فى باب استيلاء الكفار (و) كذا تجوز (هبة البناء دون العرصة اذا اذن له) اى للموهوب له (الواهب فى نقضه و) هبة (ارض فيها زرع دونه) اى دون الزرع (او نخل فيها تمر دونه) اى دون التمر (اذا امره) اى الواهب الموهوب له (بالحصاد) فى الزرع (والجذاذ) فى التمر لان المانع للجواز الاشتغال بملك المولى فاذا اذن المولى فى النقض والحصاد والجذ اذ وفعل الموهوب له زال المانع فجازت الهبة

باب الرجوع فيها

(صح) اى الرجوع (فى اجنبى) اراد به من لم يكن ذا رحم محرم منه فخرج به من كان ذا رحم وليس بمحرم ومن كان محرما وليس بذى رحم ولذا قال (ومنعه المحرمية بالقرابة) واحترز به عن المحرمية بالسبب لا النسب كالآباء والامهات والاخوة والاخوات من الرضاع ومن المحرمية بالمصاهرة كامهات النساء والربائب وازواج البنين والبنات وقال الشافعى لا رجوع فيها لقوله صلى الله عليه وسلم لا يرجع الواهب فى هبته الا الوالد فيما يهب لولده ولنا ماروى من قوله عليه الصلاة والسلام الواهب احق بهبة مالم يثبت منها اى مالم يعوض والمراد حق الرجوع بعد التسليم لانها لا تكون هبة حقيقة قبل التسليم والمراد بما روى ان لا ينفرد بالرجوع بلا قضاء ولا رضا الا الوالد اذا احتاج الى ذلك فانه ينفرد بالاخذ لحاجته الى الانفاق وسمى ذلك رجوعا نظرا الى الظاهر وان لم يكن رجوعا حقيقة

(قوله اى لم تجز الهبة للحمل) اقول وهذا بخلاف الوصية له لانها لا يشترط فيها القبض لكونها تمليكا مضافا لما بعد الموت ولا يقال الولى يقوم مقامه فى قبض الهبة لانه غير متحقق قبل الولادة (قوله اى يجوز هبة درهم صحيح لرجلين) اقول هذا على الصحيح وقال بعض المشايخ رحمهم الله لا يجوز لان تنصيف الدرهم لا يضر فكان مما يحتمل القسمة والصحيح انه يجوز به قال الامام ابو الحسن على السعدى وشمس الائمة الحلوانى رحمهما الله تعالى لان الدرهم الصحيح لا يكسر عادة فكان مما لا يحتمل القسمة حتى لو كان من الدراهم التى تكسر عادة فلا يضرها الكسر والتبعيض كانت بمنزلة المشاع الذى يحتمل القسمة فلا يجوز كما فى الخانية (قوله فتمنع ظهور يده تملكهم) يعنى اهل دار الحرب ان دخل فيها (قوله ولو وهبه بعد دخوله فيها لم يجز) يعنى لا يملكه وهى عبارته فى باب استيلاء الكفار (قوله وكذا تجوز هبة البناء الى آخر الباب) اقول فيما تقدم غنية عن هذا فتأمل والله الموفق

باب الرجوع فيها

(قوله فخرج من كان ذا رحم وليس بمحرم) يعنى من النسب والا فالاخ من الرضاع لو كان ابن عم هو رحم محرم لكن لا بنسب

على ان هذا الحكم غير مختص بالهبة بل الاب اذا احتاج فله الاخذ من مال ابنه ولو غائبا كما ذكر فى باب النفقات قال صدر الشريعة ونحن نقول به اى لا ينبغى ان يرجع الا الوالد فانه يتملك للحاجة فتوهم بعض الناس من قوله ونحن نقول به ان للاب ان يرجع فيما وهب لابنه عندنا ايضا مطلقا وهو وهم باطل منشؤه الغفلة عن قوله فانه يتملك للحاجة فان مراده ما ذكرنا حتى لو لم يحتج لم يجز له الاخذ من مال ابنه فان ما توهموا يخالف تصريح علمائنا كقاضيخان وغيره ان قرابة الولاد من جملة الموانع (كالآباء والامهات وان علوا والاولاد وان سفلوا والاخوة والاخوات واولادهما وان سفلوا والاعمام والعمات والاخوال والخالات) فقط فان اولادهم ليسوا بمحارم كما مر فى كتاب النكاح ثم ان موانع الرجوع فى الهبة سبعة ذكر الاول بقوله (ومنعه المحرمية بالقرابة) ووجه كونها مانعة ان المقصود وهو صلة الرحم يحصل بها فانها واجبة فى المحارم وكل عقد افاد مقصوده يلزم وذكر الثانى بقوله (وزيادة متصلة) عطفا على قوله المحرمية بالقرابة (كبناء وغرس وسمن) ووجه كونها مانعة ان الرجوع انما يصح فى الموهوب والزيادة ليست بموهوبة فلم يصح الرجوع فيها والفصل غير ممكن ليرجع فى الاصل لا الزيادة فامتنع الرجوع اصلا وذكر الثالث بقوله (وموت احدهما) اما اذا مات الموهوب له فلان الملك قد انتقل الى الورثة واما اذا مات الواهب فلان النص لم يوجب حق الرجوع الا للواهب والوارث ليس بواهب وذكر الرابع بقوله (وعوض) فان حق الرجوع فى الهبة كان لخلل فى مقصوده وقد عدم ذلك بوصول العوض اليه (اضيف اليها) اى الى الهبة بان قال خذه عوض هبتك او بدلا عنها او بمقابلتها او مكانها فقبض لم يرجع فلو وهب وعوض ولم يضف رجع كل بهبته مطلقا اى سواء العوض من الموهوب له او الاجنبى بأمر الموهوب له او لا لان العوض سلم له فلم يبق حق الرجوع وكذا ليس للاجنبى المعوض الرجوع فى عوضه لانه متبرع من الموهوب له لاسقاط حق الرجوع عليه وذلك جائز ولا يرجع المعوض على الموهوب له اذا كان بغير امره لانه متبرع وكذا اذا امره الا اذا قال عوض عنى على انى ضامن كذا فى الايضاح وذكر الخامس بقوله (وخروجها عن ملكه) فان تبدل الملك كتبدل العين وقد تبدل الملك بتبدل السبب وذكر السادس بقوله (والزوجية) فانها نظير القرابة بالمحرمية فى التواصل بدليل جريان التوارث بينهما بلا حجب وبطلان فكان المقصود الصلة وقد حصل (وقت الهبة) حتى لو وهب لامرأة ثم نكحها له ان يرجع فيها ولو وهب لامرأته ثم أبانها فليس له ان يرجع لعدم العلاقة بينهما فى الاول وقت الهبة ووجودها فى الثانى وقتها وذكر السابع بقوله (وهلاك الموهوب) فانه اذا هلك تعذر الرجوع فلو ادعى الموهوب له الهلاك صدق بلا حلف كذا فى الكافى (وضابطها) اى ضابط الموانع (حروف دمع خزقه) مأخوذ مما قيل

ومانع عن الرجوع فى الهبة * ياصاحبى حروف دمع خزقه

فالدال الزيادة والميم موت احدهما والعين العوض والخاء الخروج عن الملك

(قوله ذكر الاول بقوله ومنعه المحرمية بالقرابة) اعاده ليرتب الموانع على بعضها وليذكر وجهه (قوله وزيادة متصلة) احترز به عن المنفصلة كالولد والارش والعقر فانه يرجع فى الاصل دون الزيادة لامكان الفصل كما فى التبيين لكن فى الخانية قال ابو يوسف لا يرجع فى الام حتى يستغنى الولد اه (قوله كبناء وغرس) المراد اذا كان يوجب زيادة فى الارض وان اوجب فى بعض الارض لكبرها بحيث لا يعد مثله زيادة فيها كلها امتنع فى تلك القطعة فقط كما فى التبيين وان لم يوجب زيادة اصلا لا يمنع الرجوع فى شئ لما فى الخانية وهب دارا فبنى الموهوب له فى بيت الضيافة التى تسمى بالفارسية كاشانه تنور الخبز كان للواهب ان يرجع فى هبته لان مثل هذا يعد نقصانا ولا يعد زيادة اه (قوله وعوض اضيف اليها) اقول ويشترط ان لا يكون بعض الموهوب (قوله لجريان التوارث بينهما بلا حجب وبطلان) العطف للتفسير فالمعنى ان التوارث بينهما يكون فى حالة عدم حجب البطلان (قوله وضابطها اى ضابط الموانع حروف دمع خزقه الخ) كان ينبغى ان يذكرها على ترتيب الحروف لتتأتى المناسبة فى معناها ولا يقال بقى من الموانع الفقر لما سيأتى انه لا رجوع فى الهبة للفقير لانها صدقة

والزاء الزوجية والقاف القرابة والهاء الهلاك والخرق الطعن والخازق السنان فكانه شبه الدمع بالسنان (وهب لاخيه واجنبي عبدا فقبضاه) اى الاخ والاجنبي العبد (له) اى للواهب (الرجوع) فى نصيب الاجنبي لان الهبة صحيحة فى حقه لكون العبد مما لا يقسم ولا مانع من الرجوع بخلاف الاخ فان القرابة فيه مانعة عنه (وهب لرجل شيأ وقبضه) اى الرجل الشئ (فوهبه) اى الرجل الشئ (لآخر ثم رجع الثانى او رد عليه فللاول الرجوع فيه) لان الموهب لما عاد الى الثانى بالرجوع لا بسبب جديد كان للاول الرجوع فيه (ولو تصدق به الثالث على الثانى) ان كان فقيرا (او باعه منه) ان كان غنيا (لم يرجع الاول) لان هذه ملك جديد لعوده اليه بسبب جديد وحق الرجوع لم يكن ثابتا فى هذا الملك فلا يرجع كذا فى المحيط (يرجع فى استحقاق نصفها) اى نصف الهبة والمراد الموهوب (بنصف عوضها) لانه لم يدفعه اليه الا ليسلم له الموهوب كله فاذا فات بعضه رجع عليه بقدره كغيره من المعاوضات (لا فى استحقاق نصفه) يعنى اذا استحق نصف العوض لا يرجع بشئ (حتى يرد ما بقى من العوض) لانه يصلح عوضا من الكل ابتداء وبالاستحقاق ظهر انه لا عوض الا هو فيكون مخيرا الان حقه فى الرجوع لم يسقط الا ليسلم له كل العوض ولم يسلم فان شاء رد ما بقى ورجع فى الكل وان شاء امسك ما بقى ولم يرجع بشئ بخلاف ما اذا كان العوض مشروطا لانها تم بيعا فيوزع البدل على المبدل فاذا استحق بعضه يرجع بما يقابله من العوض كذا فى الاسرار (ولو عوض نصفها رجع بما لم يعوض) لان التعويض مانع فيرجد فى النصف يمتنع بقدره (لو باع نصفها او لم يبع رجع فى النصف) لان له الرجوع فى الكل ففى البعض اولى ولا يمنعه بيع النصف (وذا) اى الرجوع انما يصح بحيث يؤخذ الموهوب من يد الموهوب له (بتراض) من الطرفين (او حكم قاض) لان الرجوع فى الهبة مختلف فيه فنهم من رأى ومنهم من ابى وفى اصله وهى لان الواهب ان طالب بحقه فالموهوب له يمنع بملكه وفى حصول المقصود وعدمه خفاء اذ من الجائز ان يكون مراده الثواب والتواد فعلى هذا لا يرجع لحصول مقصوده ومن الجائز ان يكون مراده العوض فعلى هذا يرجع فلا بد من الفصل بالرضاء او القضاء (فصح اعتاق الموهوب) اى اعتاق الموهوب له العبد الموهوب (بعد الرجوع) متعلق بالاعتاق (قبل القضاء) لانه لا يخرج من الملك الموهوب له الا بالقضاء فصح اعتاقه قبله (ولم يضمن) اى الموهوب له (بهلاكه) اى الموهوب بعد الرجوع وقبل القضاء (بعد المنع) من الواهب لقيام ملكه فيه وكذا اذا هلك فى يده بعد القضاء لم يضمن لان اصل قبضه لم يكن موجبا ضمان المقبوض عليه وهذا دوام عليه واستدامة الشئ معتبرة باصله (و) لكن (ضمن به) اى بهلاكه (بعد القضاء والمنع) اى منعه بعد القضاء وطلب الواهب فان الموهوب حينئذ يكون امانة عند الموهوب له والمنع بعد الطلب يوجب الضمان فى الامانة (وهو احدهما) عطف على قوله بتراض اى الرجوع بتراض او حكم قاض (فسخ لعقد الهبة) من الاصل واعادة لملك القديم (لا هبة للواهب فلم يشترط قبضه) اى قبض

(قوله اى الرجل الشئ) اراد بالعبد الشئ المذكور فى قوله وهب لرجل شيئا (قوله او باعه منه ان كان غنيا) اقول لا يتقيد التعيين (قوله يرجع بما يقابله من العوض كذا فى الاسرار) اقول صوابه من عوض بالميم فالمعنى بمعنى الموهوب

قوله فى اصله وهى مصدر من وهى الحبل يهى وهيا اذا ضعف وفى بعض النسخ وهاء وهو خطأ كما فى المغرب اه من حاشية تخذى اصحمه

(قوله قضى ببطلان الرجوع للمانع ثم زال عاد الرجوع) استشكل بما قدمه من قوله او وهب لامرأته اباينها فليس له ان يرجع مع زوال المانع وهو الزوجية واجيب بانه يمكن ان يكون المراد بالمانع هنا الطارئ بعد الهبة فبزواله يثبت الرجوع بخلاف المانع المقارن كالهبة للزوجة (قوله بخلاف ما اذا اشترى عبدا بالخيار الخ) فرق بين مسئلة الهبة

والبيع بانه يمكن ان الحمى امر مبطن لا يطلع على حقيقة زواله فيحتمل بقاؤها بخلاف زوال البناء واشباهه اذ لا توهم لبقائه بعد زواله (قوله وبطلت بالشيوع هو حكم الهبة) يعني فيما يحتمل القسمة (قوله كالم تجز هبته به) اقول الضمير في هبته راجع للطفل لا للاب لما فيه من تنبيه الشئ بنفسه (قوله وبيع انتهاء الخ) اقول ويصح ولو كان العوض اقل منه او هو من جنسها ولا ربا فيه ذكره البرجندي (قوله وهب كرباسا فقصره الخ) كذا في قاضيخان الا انه قال وهب ثوبا فقصره الخ ثم قال وفي الاملاء اذا غسله او قصره له ان يرجع في الهبة (قوله وجارية علمها الموهوب له القرآن الخ) مثله في الخانية مع ذكر خلاف حيث قال الموهوب له اذا علم الموهوب القرآن او الكتابة او كانت اعجمية فعلمها الكلام او شيأ من الحرف وما اشبه ذلك يمنع الرجوع في الهبة لحدوث الزيادة في العين وعلى قول زفر تعليم الحرف وما اشبه ذلك لا يمنع الرجوع في الهبة وعن محمد في المنتقى انه لا يبطل حق الواهب في الرجوع كما هو قول زفر وعن ابي حنيفة روايتان اه (قوله وكذا تمر وهب ببغداد الخ) حكاه الزيلعي عن المنتقى عندهما وعند ابي يوسف لا ينقطع الرجوع لان الزيادة لم تحصل في العين فصار كزيادة السعر ولهما ان

الواهب لان القبض انما يعتبر في انتقال الملك لا في عود الملك القديم (وصح) اي الرجوع (في المشاع) القابل للقسمة (كنصف دار وهبت) ولو كان هبة لما صح فيه (تلف الموهوب في يد الموهوب له فاستحق فضمن لم يرجع) على واهبه لانها عقد تبرع فلا يستحق فيه السلامة (قضى ببطلان الرجوع للمانع ثم زال) اي المانع (عاد الرجوع) بانه انه اذا بنى في الدار الموهوبة وابطل القاضي رجوع الواهب بسبب البناء فهدم الموهوب له البناء وعادت الدار كما كانت فله ان يرجع فيها بخلاف ما لو اشترى عبدا بالخيار ثلاثة ايام فحم العبد في مدة الخيار وخاصم المشتري البائع في الرد وابطل القاضي حقه في الرد بسبب الحمى في مدة الخيار ليس له ان يرده كذا في المحيط (وهي بشرط العوض هبة ابتداء) هذا اذا ذكره بكلمة على بان يقول وهبت هذا العبد لك على ان تعوضني هذا الثوب واما اذا ذكره بحرف الباء بان يقول وهبت لك هذا الثوب بعبدك هذا او بالف درهم وقبله الآخر يكون بيعا ابتداء وانتهاء بالاجماع كذا في شروح الهداية وغيرها (فشرط قبضهما) اي العاقدين (للعوضين) لكون كل منهما هبة (وبطلت بالشيوع) كما هو حكم الهبة (ولم تجز هبة الاب مال طفله بشرطه) كما لم تجز هبته به (وبيع انتهاء فترد بالعيب وخيار الرؤية وتستعقب الشفعة) كما هو حكم البيع هذا عندنا وعند زفر والشافعي بيع ابتداء وانتهاء لان العبرة للمعاني ولنا انه اشتمل على جهتين فيجمع بينهما ما امكن عملا بالشبهين فان قلت الهبة تمليك عين بلا عوض والبيع تمليك عين بعوض فكيف يجمع بينهما وايضا التمليك لا يجرى فيه الشرط وكلمة على تفيد الشرطية قلت قد عرفت ان معنى كونها تمليكا بلا عوض كونها تمليكا بلا شرط عوض لا بشرط عدم العوض فلا ينافي كونه بيعا وعرفت ايضا ان الشرط النافع للتمليك شرط فيه معنى الربا او القمار لا مطلق الشرط حتى لو قال بعت هذا منك على ان يكون ملكا لك صح البيع فيكون ما نحن فيه شرطا ابتداء نظرا الى العبارة حتى لا يصير كالبيع لازما قبل القبض وشرطا بمعنى العوض نظرا الى ما يؤول اليه حتى توفرا احكام البيع حالة البقاء (وهب كرباسا فقصره الموهوب له لا يرجع) فرق بين هذا وبين الغسل بان في القصارة زيادة متصلة دون الغسل (كذا عبد كافر اسلم في يد الموهوب له وجارية علمها الموهوب له القرآن او الكتابة او نحوهما) حيث لا يرجع الواهب في هذه الصور لان بالاسلام وتعلم القرآن ونحوهما ازداد الموهوب فبطل الرجوع (وكذا تمر وهب ببغداد فحمله الموهوب له الى بلخ) حيث بطل حق الرجوع لزيادة متصلة في قيمة الموهوب (تصدق على غني) اي قال لغني

الرجوع يتضمن ابطال حق الموهوب له في الكراء ومؤنة النقل فيبطل بخلاف نفقة العبد لانها بدل وهو المنفعة والمؤنة (تصدقت) بلا بدل اه وفي الخانية فصل في الرجوع على صيغة التمريض حيث قال وهب شيأ له حمل ومؤنة ببغداد فحمله الموهوب له الى بلدة آخر لا يكون للواهب ان يرجع في الهبة قيل هذا اذا كان قيمة الهبة في المكان الذي انتقل اليها اكثر وان استوت قيمتها في المكان كان للواهب ان يرجع في هبته اه (قوله تصدق على غني لا يرجع) اقول ذكر الزيلعي ما قياسه الرجوع في الصدقة على الغني

(قوله واعترض الزيلعي على قولهم) اقول اعتراضه على الكنز واجاب العيني عن التكرار بقوله قلت لا يلزم التكرار اصلا لان قوله على ان يرد عليه شيأ منها لا يستلزم ان يكون عوضا لان كونه عوضا انما هو بالفاظ مخصوصة فيجوز ان يكون ردا ولا يكون عوضا لعدم الاستلزام واما قوله او يعوضه شيأ منها فصريح ﴿ ٢٢٥ ﴾ بالعوض ولا شك انهما متغايران اه فبهذا وبما قاله المصنف رحمه الله استقامت عبارة الكنز (قوله لا يجوز الابراء عن الدين بشرط الابكائن الخ) اقول هذا قد تقدم فيما يبطل بالشرط الفاسد والمراد بالكائن الحال والماضي لا ما سيكون (قوله العمرى ان يجعل داره لآخر مدة عمره واذا مات يرد عليه الخ) قال في شرح المجمع وهي هبة شئ مدة عمر الموهوب له الواهب بشرط ان يعود اليه او الى ورثته اذا مات الموهوب له اه فقول المصنف مدة عمره يصح ان يرجع ضميره الى الواهب ايضا

كتاب الاجارة

(قوله وشرعا تمليك نفع بعوض) فيه تأمل لان الاجارة الشرعية هي الصحيحة التي عرفها ائمة المذهب بانها عقد على منفعة معلومة ببدل معلوم والفاسدة ضد الشرعية فلا يشملها تعريف الشرعية سواء فسدت بشرط مقارن او شيوع اصلي فدعواه شمول تعريف الشرعية الفاسدة غير مسلم ويرد ما عدل اليه مبدأ كلامه وهو قوله تمليك نفع اذ لا تمليك لغير معلوم ولزوم تقييد النفع بالمعلوم في قوله عين او دين اذ لا يكون لغير معلوم ذاتا ووصفا وقدرا وقد قيد المنفعة وبطل ترديده بقوله وان كان تعريفا للاعم لانهم لا يعرفون الا الحقيقة الخاصة الشرعية قال شمس الائمة السرخسي في مبسوطه لا بد من اعلام ما يرد عليه عقد الاجارة على وجه تنقطع به المنازعة ببيان المدة والمسافة والعمل ولا بد من اعلام البدل وكذا في سائر المعتبرات حتى (درر ٢٩ ني) قال في البدائع اذا كانت الجهالة مفضية الى المنازعة منعت من التسليم والتسلم فلا يحصل المقصود من العقد وكان العقد عبثا اه فبهذا كان قوله وما اختيره هنا تعريف للاعم غير مسلم لانه لا يصدق بالصحيحة لقصد تسليم المتاع الاصلي وعدم علم البدل فلم يوجد العقد وكان عبثا كما قاله في البدائع فلا ينبغي العدول عن كلام ائمة المذهب رحمهم الله

تصدقت عليك بهذه الدراهم (او وهب لفقير) اي قال له وهبتك هذه الدراهم (لا يرجع) اعتبارا للفظ في المسئلة الاولى وللمعنى في الثانية كذا في الكافي

فصل

(وهب امة لا حملها او على ان يردها عليه او يعتقها او يستولدها او وهب دارا او تصدق بها على ان يرد عليه شيئا منها او يعوضه) في الهبة والصدقة (شيئا منها صحت) اي الهبة لانها لا تبطل بالشروط الفاسدة كما مر والنبي صلى الله عليه وسلم اجاز العمرى وابطل الشرط كما سيأتي (وبطل الاستثناء) اي استثناء الحمل لانه انما يعمل في المحل الذي يعمل فيه العقد وقد عرفت ان هبة الحمل لا تجوز فلا يجوز استثناؤه ايضا (و) بطل (الشرط) لمخالفته مقتضى العقد وهو ثبوت الملك مطلقا فاذا اعتبر الشروط المذكورة تقيدت بها وهو ينافي الاطلاق واعترض الزيلعي على قولهم او يعوضه شيئا منها بان المراد به اما الهبة بشرط العوض فهي والشرط جائزان فلا يستقيم قوله بطل الشرط وان اراد به ان يعوضه عنها شيئا من العين الموهوبة فهو تكرار محض لانه ذكر بقوله على ان يرد عليه شيئا منها اقول نختار الشق الاول قوله فهي والشرط جائزان ممنوع وانما يجوز اذا كان العوض معلوما كما عرفت من المباحث السابقة وصرح به بعض شراح الهداية وكذا الحال في الصدقة (اعتق حملها ووهبها صحت) الهبة في الام لان الجنين لم يبق على ملكه فلم يكن الموهوب مشغولا بملك الواهب (بخلاف التدبير) يعني دبر حملها ووهبها لم تصح الهبة لان الحمل بقي على ملكه (لا يجوز تعليق الابراء عن الدين بشرط الابكائن) اي بشرط كائن (فلو قال لمديونه اذا جاء غد فانت برئ منه) اي من الدين (بطل) اي الابراء لانه تعليق بشرط محض (واو قال) ان كان لي عليك دين ابرأتك عنه وله عليه دين صح) الابراء لانه تعليق بشرط كائن فيكون تنجيزا (جاز العمرى لا الرقبى) العمرى ان يجعل داره لآخر مدة عمره اذا مات ترد عليه فيصح التمليك ويبطل الشرط والرقبى ان يقول ان مت قبلك فهي لك فيكون تمليكا مضافا الى زمان وهو من الارتقاب وهو الانتظار كأنه ينتظر موته فلا تصح لعدم التمليك في الحال وقال ابو يوسف تصح الرقبى ايضا بناء على انه تمليك للحال واشتراط الاسترداد بعد موته عنده فيكون النزاع لفظيا

كتاب الاجارة

لما فرغ من مباحث تمليك العين بلا عوض شرع في مباحث تمليك المنفعة بعوض فقال (هي) لغة فعالة من اجر يأجر من باب طلب وضرب اسم للاجرة وهي ما يعطى من كراء الاجير وشرعا (تمليك نفع بعوض) وانما عدل عن قولهم تمليك نفع معلوم بعوض كذلك لانه ان كان تعريفا للاجارة الصحيحة لم يكن مانعا لتناوله الفاسدة

٤٢

(قوله اووهبتك منافعها) اقول هذا ولانصح فيما اوارادالعقد على المنافع لما قال فى البرهان وكذا يعنى لاتنعقد بأجرة منفعتها لانها معدومة وانما تجوز بايرادالعقد على العين ولم توجد وقبل تنعقد به لانه ﴿ ۲۳۶ ﴾ اتى بالمقصود من اضافة الاجارة الى العين اه وفى الخانية ولو قال اجرتك منفعة هذه الدار شهرا بكذا ذكر فى بعض الروايات انه لايجوز وانما تجوز الاجارة اذا اضيفت الى الدار لا المنفعة وذكر الشيخ الامام المعروف بخواهرزاده اذا اضاف الاجارة الى المنفعة جاز ايضا اه (قوله واختلف فى انعقادها بلفظ البيع) اقول جزم فى البرهان شرح مواهب الرحمن بعدم الانعقاد فقال لابعت يعنى لاتنعقد ببعت منفعتها لان بيع المعدوم باطل فلايصح تمليكا بلفظ البيع والشراء اه وفى الخانية رجل قال لغيره بعت منك منفعة هذه الدار شهرا بكذا لايجوز كما لايجوز بيع خدمة العبد شهرا بكذا اه (قوله اوتمكنه من الاستيفاء) اقول يعنى فى الاجارة الصحيحة لما سيأتى (قوله ويسقط الاجر بالغصب) اقول يعنى اذا غصبت كل المدة وان بعضها فبقدره يسقط انتهى وفى انفساخ الاجارة بالغصب اختلاف اه ويسقط الاجر بغرق الارض قبل زرعها وان اصطلمه آفة سماوية لزمه الاجر تاما فى رواية عن محمد لانه قد زرعها اويلزمه اجر مامضى من المدة فقط وبه يفتى ان لم يتمكن من زرع مثله فى الضرر ثانيا ذكره فى البرهان (قوله للمؤجر طلب الاجر للدار الخ) اقول هذا اذا لم يؤقت فى العقد وقتا للطلب وان وقت فليس له الطلب قبله كما فى شرح المجمع (قوله والخياطة ونحوها اذا فرغ) اقول هذا لوعمل فى بيته كما فى البرهان (قوله وذكر فى المبسوطين الخ) اقول وهو على المشهور لما فى البرهان ويستحق حصة ماخاط لوعمل فى بيت المستاجر على المشهور (قوله للخباز طلب الاجر للخبز فى بيت المستأجر بعد اخراجه من التنور) اقول ولو خبز فى بيت نفسه لايستحق الاجر الا بالتسليم كما فى شرح المجمع (قوله لما سيأتى ان الاجر الخ) ليس مناسبا لهذا المقام بل لما اذا تعدى المستأجر

بالشرط الفاسد وبالشيوع الاصلى وان كان تعريفا اللازم لم يكن تقييد النفع والعوض بالمعلومية صحيحا وما ذكره هنا تعريف للازم كما ان تعريف البيع كان كذلك (عين اودين اونفع) الاولان ظاهران واما الثالث فسيأتى توضيحه (لاتنعقد باعرتك هذه الدار شهرا بكذا اووهبتك منافعها) يعنى ان الاجارة تنعقد بلفظ العارية حتى لوقال لغيره اعرتك هذه الدار شهرا بكذا وقبل المخاطب كانت اجارة صحيحة اما العارية فلا تنعقد بلفظ الاجارة حتى لوقال آجرتك هذه الدار بلا عوض كانت اجارة فاسدة لاعارة ولوقال له وهبتك منافع هذه الدار شهرا بكذا يجوز ويكون اجارة كذا فى الفتاوى الصغرى (واختلف فى انعقادها بلفظ البيع) ذكر شيخ الاسلام ان فيه اختلاف المشايخ وقال اذا قال الحر لغيره بعت نفسى منك شهرا لعمل كذا فهو اجارة وعن الكرخى ان الاجارة لاتنعقد بلفظ البيع ثم رجع وقال تنعقد كذا فى الخلاصة (ويعلم النفع ببيان المدة) طالت اوقصرت (كالسكنى والزراعة مدة كذا) اى سكنى الدار اوالارض اوزراعة الارض مدة كذا (او) ببيان (العمل كالصياغة والصبغ) والخياطة ونحوها (اوالاشارة) عطف على بيان اى يعلم النفع ايضا بالاشارة (كنقل هذا الى ثمة) فان النفع ليس بمشار اليه لكن يعلم من الاشارة انه الفعل المخصوص (لايلزم الاجر بالعقد اى لايملك بنفس العقد ولايجب تسليمه به عينا كان اودينا لان العقد معاوضة واحد العوضين منفعة تحدث شيأ فشيأ والآخر مال ومقتضى المعاوضة المساواة فمن ضرورة التراخى فى جانب المنفعة التراخى فى البدل بل بتعجيله) بان يعطيه قبل حلول الاجل فانه يكون هو الواجب بالعقد حتى لايكون له حق الاسترداد (او شرطه اى بشرط تعجيله حال العقد فانه حينئذ يجب (اوالاستيفاء) اى استيفاء المنفعة المعقود عليها فان الاجر حينئذ يجب ايضا (اوتمكنه منه) اى من الاستيفاء وفرع على هذا بقوله (فيجب) اى الاجر (لدار قبضت ولم تسكن) لوجود التمكن من الاستيفاء وبقوله (ويسقط) اى الاجر (بالغصب) اى اذا غصبها غاصب من يده يسقط الاجر (للمؤجر طلب الاجر للدار والارض لكل يوم وللدابة لكل مرحلة) والقياس ان يطلب فى كل ساعة بحسابه تحقيقا للمساواة كما عرفت لكنه يفضى الى الحرج اذ لايعلم حصته الا بمشقة فرجع الى ماذكر (والخياطة ونحوها) يعنى للمؤجر طلب الاجر فى هذه الصنائع (اذا فرغ) اى من العمل لالكل يوم (وان عمل فى بيت المستأجر) حتى اذا عمل فى بيت المستأجر ولم يفرغ من العمل لايستحق شيأ من الاجر على ما فى الهداية والتجريد وذكر فى المبسوطين والفوائد الظهيرية والذخيرة وشروح الجامع الصغير انه اذا خاط البعض فى بيت المستأجر يجب الاجر له بحسابه حتى اذا سرق الثوب بعد ماخاط بعضه يستحق الاجر بحسابه (والخبز فيه) اى للخباز طلب الاجر للخبز فى بيت المستأجر (بعد اخراجه من التنور فان احترق بعده فله الاجر ولاغرم) لما سيأتى ان الاجر

والضمان لا يجتمعان (وقبله لا اجر ويغرم) قال فى الوقاية فان احترق بعد ما اخرجه فله الاجر وقبله لا ولا غرم فيهما وقال صدر الشريعة اى فى الاحتراق قبل الاخراج وبعد الاخراج اقول فيه بحث اما اولا فلانه مخالف لما فى شروح الهداية ان فيما قبل الاخراج غرما حتى قال فى غاية البيان انما قيد بعدم الضمان فى صورة الاحتراق بعد الاخراج من التنور لانه اذا احترق قبل الاخراج فعليه الضمان فى قول اصحابنا جميعا واما ثانيا فلانه مخالف للقاعدة المقررة الآتى ذكرها من ان الاجير المشترك يضمن ما تلف بعمله فان قيل وضع المسئلة فيما اذا خبزه فى بيت المستأجر ولك يملك ان يخبز لغيره فيكون اجيرا خاصا وسيجئ ان ما تلف بعمله لا يضمن قلنا قد صرح الشراح بانه اجير مشترك حيث قالوا الاجير الواحد من وقع العقد فى حقه على المدة بالتخصيص كما سيأتى كمن استأجر شهرا للخدمة على ان لا يخدم غيره وما نحن فيه مستأجر على العمل بلا بيان المدة ولا مدخل للفعل فى بيته فكان اجيرا مشتركا و بهذا ظهرت العبارة الى ما ترى ومنشأ هذه الهفوة ان صاحب الهداية قال فلو احترق او سقط من يده قبل الاخراج فلا اجرة له للهلاك قبل التسليم فان اخرجه ثم احترق من غير فعله فله الاجر لانه صار مسلما بالوضع فى بيته ولا ضمان عليه لانه لم توجد منه الجناية فحمل صاحب الوقاية قوله ولا ضمان عليه متعلقا بما قبل الاخراج ايضا فلزم ما لزم والحمد لله ملهم الصواب واليه المرجع والمآب (من لعمله اثر) فى العين (كصباغ وقصار يقصر بالنشا ونحوه) قيد به لتكون لعمله اثر واحترز به عن غاسل الثوب كما سيأتى (يحبس العين للاجر) لان المعقود عليه وصف فى المحل فكان حق الحبس لاستيفاء البدل كما فى البيع (فلا غرم ان ضاع) العين (بعده) لانه امانة فى يده (ولا اجر) لان المعقود عليه هلك قبل القبض (ومن لا اثر لعمله كالحمال والملاح وغاسل الثوب) بغير ما ذكر (لا يحبس له) اى للاجر ذكر فى النهاية ان القصار اذا لم يكن بعمله الا ازالة الدرن اختلفوا فيه والاصح ان له حق الحبس على كل حال لان البياض كان مستترا وقد ظهر بفعله بعد ان كان هالكا بالاستتار فصار كانه احدثه بالاظهار وعزاه الى الجامع الصغير لقاضيخان (بخلاف راد الآبق) حيث يكون له حق حبسه وان لم يكن لعمله اثر فى العين فانه كان على شرف الهلاك فكانه احياه وباع منه بالجعل (ان شرط عمله لا يستعمل غيره) لان المعقود عليه العمل من محل معين فلا يقوم غيره مقامه بخلاف السلم فان المعقود عليه هناك العين لا العمل فجاز ان يعمل غيره (والا) اى وان لم يشترط عمله (جاز استعمال غيره) لان الواجب عليه احداث المعقود عليه ويمكنه الايفاء بنفسه وبالاستعانة بغيره (استأجر رجلا ليجئ بعياله فمات بعضهم فجاء بمن بقى فله الاجر بحسابه او) كان عياله (معلومين) لانه اوفى بعض المعقود عليه فيستحق العوض بقدره (والا) اى وان لم يكن عياله معلومين (فكله) اى فله كل الاجر (و) ان استأجر رجلا (لايصال قط او زاد الى زيد ان رده) اى القط او الزاد (لموته) اى زيد (او غيبته) ذكره فى النهاية (لا شئ له) اى للاجير لان المعقود عليه فى الكتاب نقله لانه المقصود او وسيلة اليه وهو العلم بما فى الكتاب لكن الحكم

والمناسب ان يقال انه بالاخراج تم عملا وبالاحتراق بعد التسليم حكما لا ضمان (قوله وقبله لا اجر ويغرم) اقول والثالث بالخيار ان شاء ضمنه دقيقا مثل دقيقه ولا اجر له وان شاء ضمنه قيمة الخبز واعطاه الاجر ولا يجب عليه ضمان الحطب والملح كما فى التبيين (قوله من لعمله اثر فى العين الخ) اقول ومحل حبسه للاجر اذا عمل فى دكانه اما اذا عمل فى بيت المستأجر فليس له حق الحبس كما فى شرح الجمع عن الخلاصة (قوله وغاسل الثوب بغير ما ذكر) قال الزيلعى اختلفوا فى غسل الثوب حسب اختلافهم فى القصارة بلا نشا وقد بيناه من قبل اه قلت والذى بينه هو ما حكاه المصنف رحمه الله تعالى عن النهاية وظاهر التعليل يفيد ان له حبس المغسولة ايضا على الاصح اه وفى القنية قال استاذنا اختلف المشايخ فى قول اصحابنا كل صانع لعمله اثر فى العين له حبسها المراد به العين والاجزاء المملوكة للصانع التى تتصل بمحل العمل كالنشا والغراء والخيوط ونحوها ام مجرد ما يرى ويعاين فى محل العمل ككسر الفستق والحطب وطحن الحنطة وحلق رأس العبد فاختار فخر قب ظت الثانى واختار بم الاول (قوله بخلاف السلم) يعنى السلم فيما لو استصنع نحو خف مؤجلا (قوله لو كان عياله معلومين) اقول يعنى للعاقدين او ذكر عددهم للاجير (قوله قط) قال فى مختار الصحاح والقط الكتاب والصك بالجائزة ومنه قوله تعالى عجل لنا قطنا اه

(قوله وهو نصف الاجر المسمى) اقول فيه نظر بل له الاجر كاملا بمقتضى قوله ولو استأجر رجلا لايصال فقط او زاد الى زيد اذ المعقود عليه الايصال لا غير وقد وجد فلا وجه لتنصيف الاجر على ان المتن صادق بوجوب تمام الاجر اهـ والمسئلة فرضها صاحب المواهب في الاستئجار للايصال ورد الجواب معا ورأيت بخط شيخ شيخنا الشيخ على المقدسى ما صورته وفي المسئلة قيود ستة استفيدت من الذخيرة وقاضيخان وشروح الهداية الاول قيد بالكتابة فانه لو كان له مؤنة كطعام فلا اجر اتفاقا الثانى قيد برد الجواب لانه لو لم يشترط رد المجيء بالجواب وترك الكتاب ثمة فيما لو كان ميتا او غائبا فله الاجر كاملا الثالث قيد بالذهاب اذ لو ذهب بلا كتاب فلا اجر له الرابع قيده بان وجده ميتا اذ لو وجده حيا ودفع اليه واتى بالجواب فله الاجر كاملا

او كان المكتوب اليه غائبا فدفعه الى آخر ليدفعه اليه او دفع الى المكتوب اليه ولم يقرأ او رجع بغير الجواب فله اجر الذهاب الخامس قيده بتبليغ الكتاب اذ لو استأجره ليبلغ رسالة الى فلان فذهب ولم يجده المرسل اليه او وجده ولم يبلغه الرسالة ورجع فله الاجر والفرق ان الرسالة قد تكون سرا لا يرضى المرسل بان يطلع عليه غيره وفي غير المختوم لا تكون سرا بخلاف الرسالة فانها لا تخلو عن الاسرار وما اختاره الرسالة على الكتاب الا ليسره المرسل اليه قال شمس الائمة الحلوانى الرسالة والكتاب سواء السادس قيد برد الكتاب اذ لو تركه هناك ولم يرده الى المرسل استحق اجرا للذهاب اتفاقا اهـ (قوله سوى موهن البناء كالقصارة) اقول ورحى اليد اذا كان يضر بالبناء يمنع منه وان كان لا تضر لا يمنع هكذا اختاره الحلوانى وعليه الفتوى كما في الذخيرة (قوله اى البناء او نحوه) يعنى به الشجر والرطاب قوله قيمته مستحق القلع) قال شارح المجمع ومعرفة قيمته كذلك ان تقوم الارض مع الشجر المأمور مالكه بقلعه وتقوم وليس فيها هذا الشجر فتفضل ما بينهما هو قيمة الشجر وانما فسرناه بكذا لان قيمة المقلوع ازيد من قيمة المأمور بقلعه لكون المؤنة مصروفة للقلع كذا في الكفاية اهـ (قوله والزرع يترك باجر المثل) (ابتداء)
اقول معناه اذا كان بالقضاء او الرضا والا فلا اجر كما في الاشباه والنظائر عن القنية ونصها المراد بقول الفقهاء اذا انتهت الاجارة والزرع لم يستحصد يترك باجر اى بقضاء او بعقدهما حتى لا يجب الاجر الا باحدهما اهـ واقول هذا في غير ما استثناه المتأخرون من الوقف والمعد للاستغلال ومال اليتيم فانها اذا انقضت المدة وبقى الزرع بعدها حتى ادرك يقضى باجر المثل لما زاد على المدة مطلقا (قوله قال في الكنز الخ)
اقول مؤاخذته هذه واردة عليه في قوله المتقدم والزراعة مدة كذا لان الاجارة لا تصح وان ذكر مدة الاستئجار ما لم يبين ما يزرع فيها وليس في كلامه ما يستدل به على وجه الاطلاق

تعلق به وقد نقضه بالعود فيسقط الاجر ويصير كالخياط اذا خاط الثوب ثم نقضه فانه لا اجر له وكذا الزاد فانه بالعود نقض تسليم المعقود عليه (فان دفع الخط الى ورثته) في صورة الموت (او من يسلم اليه اذا حضر) في صورة الغيبة (وجب الاجر بالذهاب) بالاجماع وهو نصف الاجر المسمى لانه اتى باقصى ما في وسعه (وان وجده ولم يوصله اليه لم يجب شئ) لانتفاء المعقود عليه وهو الايصال (صح استئجار دار ودكان بلا ذكر ما يعمل فيهما) لان العمل المتعارف فيهما السكنى فينصرف اليه وانه لا يتفاوت فيصح العقد (وله كل عمل) للاطلاق (سوى موهن البناء كالقصارة) لان فيه ضررا ظاهرا فيتقيد العقد بما وراءها دلالة (او ارض) عطف على دار اى صح استئجار ارض (لبناء او غرس) لانه منفعة معلومة تقصد بعقد الاجارة عادة (فاذا مضى المدة قلعه) اى البناء او نحوه وسلم الارض فارغة (الا ان يضمن المؤجر قيمته) اى قيمة البناء ونحوه (مستحق القلع) فاذا ضمن تملكه بلا رضا المستأجر ان نقص القلع الارض والا فبرضاه (او يرضى) اى المؤجر (بتركه) فيكون البناء والغرس لصاحبهما والارض لصاحبها (والزرع) اذا انقضت مدته لا يجبر على قلعه (بل يترك باجر المثل الى ان يدرك) لان له نهاية معلومة فامكن رعاية الجانبين فيه (والرطبة كالشجر) لان لها بقاء في الارض ليست كالزرع وقد علم حكم الشجر (او دابة) عطف على ارض اى صح استئجار دابة (للركوب او الحمل) بفتح الحاء (او) استئجار (ثوب للبس ان بين الراكب او الحمل) بكسر الحاء (واللابس) قال في الكنز والدابة للركوب والحمل والثوب للبس عطف على الدور في قوله صح اجارة الدور ففهم منه ان اجارة الدابة وما عطف عليه جائزة مطلقا وقد قال في الكافى فان لم يبين من يركبها وما يحمل عليها او من يلبسه فالاجارة فاسدة ولهذا قلت ان بين الراكب الخ (فان عمم) بان قال على ان يركب او يلبس من شاء او يحمل ما شاء (اركب والبس من شاء وحمل ما شاء) لوجود الاذن من المؤجر ولكن اذا ركب بنفسه او اركب واحدا او البس له ان يركب غيره لانه تعين مرادا من الاصل فصار كانه نص على ركوبه

(قوله وان تساويا وزنا) اقول الواو زائدة (قوله والاخف كالسمسم والشعير) اقول يعني لو استأجرها ليحمل مقدارا من البر له حمل مثل كيله سمسما اوشعيرا وكذا مثل ﴿ ٢٢٩ ﴾ وزنه على الاصح كما في التبيين (قوله لانه ربما يكون اضر) اقول بل

ابتداء كذا في الكافي (وان خصص) براكب ولابس (فخالف ضمن) لانه تعدى (كذا كل ما يختلف بالمستعمل كالفسطاط) حتى لو استأجره فدفعه الى غيره اجارة او اعارة فقبضه وسكن فيه ضمن عند ابي يوسف رحمه الله لتفاوت الناس في نصبه واختيار مكانه وضرب اوتاده وعند محمد لا يضمن لانه للسكنى فصار كالدار (وفيما لا يختلف به) اى بالمستعمل (بطل التقييد) لانه غير مفيد (فان سمى) في الحمل (نوعا وقدرا ككر بر له) اى للمستأجر (حمل مثله في الضرر وان تساويا (وزنا والاخف كالسمسم والشعير لا الاضر كالملح والحديد) حتى اذا استأجرها ليحمل عليها قطنا سماه فليس له ان يحمل عليها مثل وزنه حديدا لانه ربما يكون اضر بالدابة لان الحديد يجتمع في موضع من ظهرها والقطن ينبسط على ظهرها (وضمن بارداف رجل ان ذكر ركوبه) اى ركوب نفسه (نصف قيمتها) بلا اعتبار الثقل بين المردف والرديف فان الخفيف الجاهل بالفروسية قد يكون اضر من الثقيل العالم بها وذكر الارداف لانه لو ركبها وحمل على عاتقه غيره ضمن جميع القيمة وان كانت الدابة تطيق حملهما لان ثقل الراكب مع الذي حمله يجتمعان في مكان فيكون اشق على الدابة اما اذا كانت لا تطيق فيجب عليه جميع الضمان في الاحوال كلها وقيد بقوله رجلا لانه لو اردف صبيا لا يستمسك ضمن ما زاد الثقل فان كان صبيا يستمسك فهو كالرجل كذا في الكفاية (و) ضمن (بالزيادة على حمل معلوم ما زاد ان اطاقت الحمل) اى ضمن قدر ما زاد على قدر الحمل المعلوم في الثقل لانها هلكت بمأذون فيه وغير مأذون فيه والسبب الثقل فالقسم عليهما (والا) اى وان لم تطق حمل مثله (فيضمن كل قيمتها) لعدم الاذن فيه فيكون اهلاكا (كهلاكها بضربه) اى الراكب (وكبحه) وهو ان يجذبها الى نفسه لتقف ولا تجرى فانه يضمن بهما لان الاذن مقيد بشرط السلامة لتحقق السوق بدونه (وجوازه بها) اى الدابة (عما) اى عن مكان (استؤجرت اليه ولو) وصلية (ذاهبا وجائيا) اى للذهاب والمجئ (وردها اليه) عطف على جوازه بها يعني اذا استأجرها الى موضع فجاوزها الى موضع آخر ثم ردها الى الاول ثم نفقت فهو ضامن قيل تأويل هذه المسئلة اذا استأجرها ذاهبا لا جائيا لينتهى العقد بالوصول الى الاول فلا تصير بالعود مردودة الى يد المالك معنى اما اذا استأجرها ذاهبا وجائيا يكون بمنزلة المودع اذا خالف في الوديعة ثم عاد الى الوفاق وقيل الجواب يجرى على اطلاقه والفرق ان المودع مأمور بالحفظ مقصودا فبقى الامر بالحفظ بعد العود الى الوفاق فيحصل الرد الى نائب المالك وفي الاجارة والعارية يصير الحفظ مأمورا به تبعا للاستعمال لا مقصودا فاذا انقطع الاستعمال لم يبق هو نائبا فلا يبرأ بالعود قال في الهداية هذا اصح وقال في الكافي الاول اصح

مجزوم بضرره على انه جزم به من قبل (قوله وضمن بارداف رجل الخ) اقول ذكر انه يضمن نصف القيمة ولم يذكر ماذا يجب عليه من الاجر وقال في النهاية وفي المبسوط انه يجب عليه جميع الاجر اذا هلكت بعد ما بلغت مقصده ونصف القيمة ثم المالك بالخيار ان شاء ضمن الرديف وان شاء ضمن الراكب فالراكب لا يرجع بما ضمن والرديف يرجع ان كان مستأجرا والا فلا كما في التبيين (قوله وضمن بالزيادة على حمل معلوم ما زاد ان اطاقت الحمل) اقول وهذا اذا حملها الزيادة مع المسمى وكانت من جنسه حتى لو حملها المسمى وحده ثم حملها الزيادة وحدها او حملها وكانت من غير جنسه فعطبت ضمن جميع قيمتها كما لو استأجر ثورا لحنطة معلومة فزاد يجب جميع القيمة كما في التبيين وفي تتمة الفتاوى استكرى دابة ليحمل عليها عشر مخاتيم ويجعل في الجوالق عشرين وامر المكارى ان يحمل هو عليها فحمل هو ولم يشاركه المستكرى في الحمل لا ضمان ان هلكت ولو حملاه معا ووضعاه عليها يضمن المستكرى ربع القيمة ولو كان البر في جوالقين فحمل كل جوالقا ووضعاهما على الدابة معا لا يضمن المستأجر شيأ ويجعل حمله بما استحق بالعقد (قوله وجوازه بها عما استؤجرت اليه ولو ذاهبا وجائيا وردها اليه) قال في الكافي هذا اصح اه كما سنذكره (قوله بمنزلة المودع اذا خالف الخ) سنذكر في باب التصرف والجناية في الرهن ان المستأجر والمستعير اذا خالف ثم عاد الى الوفاق لا يبرأ من الضمان على ما عليه الفتوى (قوله وقيل الجواب يجرى على اطلاقه) تفسير الاطلاق بان استأجرها ذاهبا وآيبا (قوله قال في الهداية هذا اصح) وقال في الكافي الاول اصح اقول هذا وهم لانه اعتمد في الكافي على التصحيح الذي اعتمده صاحب الهداية فلا مخالفة بين ما اعتمداه من التصحيح لانه قال في الكافي قبل هذا اى لضمان بالمجاوزة اذا استأجرها ذاهبا لا جائيا لانتهاء العقد دون ما اذا استأجرها ذاهبا وجائيا لبقاء العقد وقيل بل هو ضامن

(ونزع) اى ضمن بنزع (سرج حمار مكتري وايكافه) يعنى اذا اكترى حمارا مسرجا ونزع سرجه اواوكفه يضمن (مطلقا) اى سواء كان الاكاف مما يوكف هذا الحمار بمثله اولا اما الثانى فظاهر واما الاول فلان الاكاف ليس من جنس السرج لاختلافهما صورة ومعنى فيضمن القيمة اذا عطبت كما اذا حمل الحديد مكان الحنطة (واسرجه بما لا يسرج) اى الحمار (بمثله) حيث يضمن كل قيمته لانه يعد اتلافا للدابة كمن ابدل الحنطة بالحديد (وسلوك) اى يضمن الحمال قيمة متاع حمله ان هلك بسلوك (طريق غير ما عينه) المستأجر لكن الناس يسلكونه ايضا (وقد تفاوتا) اى الطريقان بالطول والقصر والصعوبة والسهولة حتى اذا لم يتفاوتا فلا ضمان عليه ان هلك اذ لا فائدة فى تعيينه حينئذ (او سلوك ما لا يسلكه الناس) اى يضمن ايضا اذا هلك بسلوك طريق لا يسلكه الناس لصحة التقييد وحصول المخالفة (وحمله فى البحر) يعنى اذا حمله فى البحر فيما يحمله الناس فى البر ضمن اذا تلف لان البحر متلف حتى ان للمودع ان يسافر بالوديعة فى البر لا البحر (وله) اى للحمال (الاجر) فى الصور المذكورة (ان بلغ) المنزل (سالما) لحصول المقصود (استأجر ارضا لزرع بر فزرع رطبة ضمن ما نقصت) لان الرطبة اعظم ضررا من البر لانتشار عروقها وكثرة الحاجة الى سقيها فكان خلافا الى مضرة فيضمن ما نقصت (بلا اجر) لانه صار غاصبا حيث اشغل الارض بجنس آخر غير ما امر به (دفع ثوبا) الى خياط (ليخيطه قميصا) بدرهم (فخاطه قباء) خير الدافع ان شاء (ضمنه قيمة ثوبه او اخذ القباء بأجر مثله ولم يزد على المسمى) قيل معناه القرطق الذى هو ذو طاق لانه يستعمل استعمال القميص وقيل هو يجرى على اطلاقه لانهما يتقاربان فى المنفعة لانه يشد وسطه وينتفع به انتفاع القميص ففيه الموافقة والمخالفة فيميل الى اى الجهتين شاء لكن يجب اجر المثل لقصور جهة الموافقة ولا يجاوز به الدرهم المسمى كما هو حكم الاجارة الفاسدة (دفع غلامه الى حائك مدة معلومة لتعلم النسج على ان يعطى الاستاذ المولى كل شهر كذا جاز ولو لم يشترط عليه اخذ اجر فبعد تعلمه طلب الاستاذ من المولى اجرا او هو منه) اى المولى من الاستاذ (ينظر الى عرف البلدة) فى ذلك العمل فان كان العرف يشهد للاستاذ يحكم باجر مثل تعليم ذلك العمل وان كان يشهد للمولى فبأجر مثل الغلام على الاستاذ وكذا لو دفع ابنه ذكره قاضيخان

باب الاجارة الفاسدة

(تفسد) بامور ذكر الاول بقوله (بالشرط المفسد للبيع) لان المنافع يكون لها قيمة بالعقد وتصير به مالا فتعتبر الاجارة بالمعاوضة المالية دون ما سواها من

فى الوجهين وهذا اصح وقيل الاول اصح اه ملخصا (قوله ونزع سرج حمار مكترى وايكافه) اقول هذا عند ابى حنيفة وقالا يضمن بقدر الزيادة وفى الحقائق نقلا عن العيون والفتوى على قولهما اه وما قالا رواية الاجارات عن ابى حنيفة واختلف فى تفسير الزيادة قيل مساحة حتى اذا كان السرج يأخذ من ظهر الحمار قدر شبرين والاكاف قدر اربعة اشبار يضمن نصف القيمة وقيل ثقلا حتى اذا كان السرج منوين والاكاف ستة امناء يضمن ثلثى قيمته اه كما فى البرهان وقال الاتقانى وكان الفقيه ابو جعفر يقول ان تلك كانت الدابة توكف بمثله وتسرج يجب الضمان بحسب الزيادة وان كانت تلك الدابة لا توكف بمثله وجب عليه ضمان الكل لانه قصد اتلافه وصار بمنزلة خلاف الجنس وهذا القول احسن وبه نأخذ الى هنا لفظ ابى الليث اه وقيد بنزع السرج والاكاف لانه لو استأجر عريا بالركوب خارج المصر فاسرجها يضمن اتفاقا وان ركب فى المصر فان كان من الاشراف لا يضمن اتفاقا وان من الاسافل يضمن وقيد بتبديل سرجها باكاف لانه لو بدل اكافها بسرج لا يضمن اتفاقا لانه اخف من الاكاف ولو بدل سرجها بسرج تسرج بمثله فهلكت لا يضمن اتفاقا وان كانت لا تسرج بمثله يضمن اتفاقا كما فى شرح المجمع وذكر المصنف رحمه الله هذا الاخير (قوله وله الاجر ان بلغ) اقول وكذا لو بلغ بعد نزع سرجه (قوله او اخذ القباء بأجر مثله) اقول هذا فى ظاهر الرواية وروى الحسن عن ابى حنيفة انه لا خيار له والخياط ضامن له قيمة الثوب كما فى البرهان مع توجيه كل (قوله ذكره قاضيخان) اقول وقال عقبه وقال الشيخ الامام شمس الائمة السرخسى كان الشيخ الامام يقول عرف ديارنا فى الاعمال التى يفسد المتعلم فيها بعض ما كان متقوما حتى يتعلم نحو عمل ثقب الجواهر وما اشبه ذلك فما كان من جنس ذلك يكون الاجر على المولى ان كان مسمى فالمسمى وان لم يكن فاجر المثل عليه للاستاذ وما لم يكن من جنس هذا يجب الاجر على الاستاذ اه والله اعلم

باب الاجارة الفاسدة

النكاح والخلع والصلح عن دم العمد ونحوها وذكر الثانى بقوله (والشيوع) بان يؤجر نصيبا من داره او نصيبه من دار مشتركة من غير شريكه وانما فسدت لان المقصود منها الانتفاع وهو امر حسى لا يمكن بالمشاع ولا يتصور تسليمه فلا يجوز بخلاف البيع لان المقصود به الملك وهو امر حكمى يمكن فى المشاع فيجوز (الاصلى) احترز به عن الشيوع الطارئ فانه لا يفسد الاجارة فى ظاهر الرواية كما اذا آجر كل الدار ثم فسخا فى النصف او اجر رجلان دارهما او واحد فمات احدهما او بالعكس (الا من شريكه) فان كل المنفعة حينئذ تحدث على ملكه فالبعض بحكم الملك الحقيقى والبعض بحكم الاجارة فلا يظهر معنى الشيوع وانما يظهر الاختلاف فى حق السبب ولا عبرة لاختلاف السبب مع اتحاد الحكم فاذا لم يظهر الشيوع صح العقد على انه لا يصح فى رواية عن ابى حنيفة كذا فى الكافى وذكر الثالث بقوله (وجهالة المسمى) بان جعل الاجرة ثوبا او دابة بلا تعيين وذكر الرابع بقوله (وعدم التسمية) بان قال اجرتك دارى شهرا او سنة ولم يقل بكذا وتفسد ايضا اذا استأجر حانوتا او دارا سنة بمائة درهم على ان يرمها المستأجر ويكون على المستأجر اجر المثل بالغا ما بلغ لانه لما شرط المرمة على المستأجر صارت المرمة من الاجر فيصير الاجر مجهولا كذا ذكره قاضيخان وانما لم يذكره هنا لدخوله تحت قوله وجهالة المسمى (فان فسدت بهما) اى بهذين الاخيرين (وجب اجر المثل باستيفاء المنفعة) اذ قبل استيفائها لا يستحق الاجر (بالغا ما بلغ والا) اى وان لم تفسد بهما بل بالشرط او الشيوع (لم يزد) اى اجر المثل (على المسمى) اى اذا كان اجر المثل زائدا على المسمى لا تجب الزيادة لانهما رضيا باسقاط حقهما حيث سميا الاقل (وينقص عنه) اى ان كان اجر المثل ناقصا عن المسمى لا يجب قدر المسمى لفساد التسمية وانما لزم اجر المثل فى الفساد بهما بالغا ما بلغ ولم يزد على المسمى فى الفساد بغيرهما لان المنافع لا قيمة لها فى انفسها عندنا وانما تتقوم بالعقد او بشبهة العقد فاذا لم تتقوم فى انفسها وجب الرجوع الى ما قومت به فى العقد وسقط ما زاد عليه لرضاهما باسقاطه واذا جهل المسمى او عدمت التسمية انتفى المرجح ووجب الموجب الاصلى وهو وجوب القيمة بالغة ما بلغت هكذا ينبغى ان يقرر هذا الكلام فان عبارة القوم مضطربة فى هذا المقام (فان اجر داره) تفريع على قوله وجهالة المسمى (بعبد) اى عبد مجهول (فسكن مدة) كستة اشهر مثلا (ولم يدفعه) اى العبد (فعليه للمدة اجر المثل بالغا ما بلغ وتفسخ فى الباقى) من المدة (اجر دارا كل شهر بكذا صح فى واحد فقط) وفسد فى الباقى اذ لا يمكن تصحيح العقد على جملة الشهور لجهالتها ولا على ما بين الادنى والكل لعدم اولوية بعضها من البعض فتعين الادنى

(قوله والشيوع) اقول اجارة المشاع فاسدة عند ابى حنيفة وعندهما يجوز بشرط بان نصيبه وان لم يبين نصيبه لا يجوز فى الصحيح وفى المغنى الفتوى فى اجارة المشاع على قولهما كذا فى التبيين وفى شرح المجمع لابن الملك واجارة المشاع سواء كان يحتمل القسمة او لا بان يؤجر نصيبه من دار مشتركة من غير الشريك فاسدة عند ابى حنيفة رضى الله عنه والفتوى على قوله اه (قوله احترز عن الشيوع الطارئ فانه لا يفسد الاجارة الخ) اقول وهذا حيلة جواز اجارة المشاع على قوله وكذا حيلة جوازها عنده ان يلحقها حكم حاكم كما فى شرح المجمع والتبيين (قوله او اجر رجلان دارهما الخ) اقول يعنى انه او مات احد المؤجرين او المستأجرين لا تفسد الاجارة فى حصة الحى وهو ظاهر الرواية وقال زفر تفسد فى كليتها وهو رواية عن ابى حنيفة (قوله وجهالة المسمى الخ) اقول وكذا تفسد لو جهل بعضه كانه درهم وثوب وكذا اذا ردد فى الزمان كان خطته اليوم فبدرهم وان خطته غدا فبنصفه اذا خطه الا فى الغد لاجتماع التسميتين فيكون الاجر مجهولا فيجب اجر المثل غير زائد على المسمى (قوله فان فسدت بهما اى بهذين الاخيرين وجب اجر المثل باستيفاء المنفعة بالغا ما بلغ) اقول هكذا مثله فى التبيين ويرد عليه ما ذكر من مسئلة ترديد العمل اذ لا يجاوز فيه المسمى مع ان فسادها لجهالة المسمى كما يذكره فيما سيأتى (قوله والا وان لم تفسد بهما بل بالشرط او الشيوع لم يزد على المسمى) اقول يرد عليه ما ذكره الزيلعى وقالوا اذا استأجر دارا على ان يسكنها المستأجر فسدت الاجارة ويجب عليه ان سكنها اجر المثل بالغا ما بلغ فهذه فسدت بالشرط وزيد فيها على المسمى (قوله هكذا ينبغى الخ) اقول قد علمت ما فيه (قوله فان اجر داره بعبد مجهول فسكن مدة ولم يدفعه فعليه للمدة اجر المثل بالغا ما بلغ وتفسخ فى الباقى) اقول وجوب اجر المثل غير متوقف على عدم دفع العبد اذ هو الواجب للفساد فلا مفهوم لما ذكره بل هو بيان للواقع بخلاف ما اذا عينه بان آجر داره سنة بعبد بعينه فسكن المستأجر شهرا ولم يدفع العبد حتى اعتقه صح اعتاقه وكان على المستأجر للشهر الماضى اجر المثل بالغا ما بلغ وتنقض الاجارة فيما بقى لان الاجارة باعتاق العبد فسدت فيما بقى وكذا لو اجر دارا بعين فسكن الدار ولم يسلم العين حتى هلكت كان عليه الاجر

واذا تم الشهر الاول فلكل منهما ان ينقض الاجارة لانتهاء العقد الصحيح (وفى كل شهر سكن فى اوله) فانه اذا سكن ساعة من الشهر الثانى صح العقد فيه ولم يكن للموجر ان يخرجه الى ان ينقضى الا بعذر وكذا كل شهر سكن فى اوله لان التراضى منهما بالعقد يتم بالسكنى فى الشهر الثانى وهذا هو القياس وقد مال اليه بعض المتأخرين وفى ظاهر الرواية لكل منهما الخيار فى الليلة الاولى من الشهر الداخل ويومها الان ذلك رأس الشهر وفى اعتبار الاول نوع حرج (الا ان يسمى الكل) بان يقول آجرتها سنة اشهر كل شهر بكذا متعلق بالمسئلتين معا يعنى اذا بين جملة الشهور وبين حصة كل منها جاز العقد لان المدة صارت معلومة فارتفع المانع من الجواز (آجرها سنة بكذا صح وان لم يسم اجر كل شهر) لان المدة معلومة الا يرى ان اجارة شهر واحد تصح وان ابهم قسط كل يوم (و اول المدة ماسمى) بان يقول من شهر رجب من هذه السنة (والا) اى وان لم يسم شيأ (فوقت العقد) لان الاوقات كلها فى حكم الاجارة سواء و فى مثله يتعين الزمان الذى يعقب السبب كما فى الآجال بان باع الى شهر والايمان بان حلف لايكلم فلانا حيث اعتبر فيهما الابتداء بعد الفراغ من التكلم (فان كان) اى العقد (حين يهل الهلال اعتبر الاهلة) اى شهور السنة كلها بالاهلة لان الاهلة اصل فى الشهور قال الله تعالى قل هى مواقيت للناس (والا فالايام) لان الاصل اذا تعذر يصار الى البدل (استأجر عبدا باجر معلوم وبطعامه لم يجز) لجهالة بعض الاجر جاز اجارة الحمام) لجاز اخذ اجرته لما روى انه صلى الله عليه وسلم دخل الحمام فى الجحفة ولتعارف الناس (والحجام) لما روى انه صلى الله عليه وسلم احتجم واعطى اجرته (والظئر باجر معين) والقياس ان لاتصح لانها ترد على استهلاك العين وهو اللبن فصار كاستئجار البقرة او الشاة لشرب لبنها والبستان ليأكل ثمره وجه الاستحسان قوله تعالى فان ارضعن لكم فآتوهن اجورهن وعليه انعقد الاجماع وقد جرى به التعامل فى الاعصار بلا نكير ولانسلم ان العقد ورد على استهلاك العين بل على المنفعة وهى حضانة الصبى وتلقيمه ثديها وتربيته وخدمته واللبن تابع وانما لاتستحق الاجرة اذا ارضعت بلبن الشاة لانها لم تأت بالعمل الواجب عليها لانه ايجار وليس بارضاع (وبطعامها وكسوتها) وعندهما لايجوز للجهالة وله ان الجهالة انما تفسد العقد لافضائها الى المنازعة وهنا ليس كذلك لان العادة بين الناس التوسعة على الاظآر لان منفعته ذلك ترجع الى اولادهم (وللزوج وطؤها لا فى بيت المستأجر الا باذنه) يعنى ليس للمستأجر ان يمنع زوجها من وطئها لان الوطء حق الزوج فلا يتمكن من ابطاله حقه لكن المستأجر يمنعه من وطئها فى منزله لان المنزل ملكه فلا يجوز ان يدخل بلا اذنه (وله) اى للزوج (فى نكاح ظاهر) بين الناس او عليه شهود (فسخها) اى فسخ اجارة الظئر (لو بغير اذنه) سواء كان الزوج ممن يشينه ان تكون امرأته ظئرا اولا لان هذه الاجارة توجب خللا فى حق الزوج والزوج ان يمنع امرأته عما يوجب خللا فى حقه (وفيما) اى فى نكاح غير ظاهر بل (باقرارها لا) اى ليس له ان يفسخ الاجارة لان العقد قد لزمها وقولها غير مقبول فى حق من استأجرها

ما بلغ اه كذا فى الخانية (قوله واذا تم الشهر الاول فلكل منهما ان ينقض الاجارة) اقول هذا بشرط ان يكون الآخر حاضرا وان كان غائبا لايجوز بالاجماع وقيل عند ابى يوسف يجوز وكذا لو قدم اجرة شهرين او ثلاثة و قبض الاجرة لايكون لكل واحد منهما الفسخ فى قدر المعجل اجرته كما فى التبيين (قوله وفى ظاهر الرواية لكل منهما الخيار) اقول وبه يفتى كما فى التبيين (قوله وفى اعتبار الاول نوع حرج) اقول المراد به اول ساعة من الشهر (قوله استأجر عبدا بأجر معلوم وبطعامه لم يجز) اقول وهذا بخلاف مالو شرط طعام العبد على المستأجر لما فى الخانية استأجر عبدا كل شهر بكذا على ان يكون طعامه على المستأجر او دابة على ان يكون علفها على المستأجر ذكر فى الكتاب انه لايجوز وقال الفقيه ابو الليث فى الدابة نأخذ بقول المتقدمين اما فى زماننا العبد يأكل من مال المستأجر عادة اه (قوله وطعامها وكسوتها) اقول كان الاولى اعادة حرف الجر بان يقول وبطعامها وكسوتها لانها مسئلة مستقلة وليست تتميما للاولى (قوله وعندهما لا يجوز) يعنى فالجواز قال به ابو حنيفة قاله استحسانا ولها الوسط كما فى شرح المجمع (قوله سواء كان الزوج الخ) افعل هذا فى الاصح

(وجاز للمستأجر فسخها ان مرضت او حبلت) لان لبنها يضر بالولد (وعليها غسل الصبي وثيابه واصلاح طعامه ودهنه) لان العادة ان الظئر هي التي تتولى هذه الامور فصار ذلك كالمشروط (لاثمن شيء منها) اي من الثياب والطعام والدهن (وهو) اي ثمنه (واجره) اي اجر غسل الرضعة وارضاعها (على ابيه) وفرع على هذا بقوله (فان ارضعته بلبن شاة او غذته بطعام ومضت المدة فلا اجر لها) فان اجر الارضاع لما كان على الاب كان تركها الارضاع حرمانا من الاجر فان الارضاع هو اشراب الصبي لبنها بادخال حلمة ثديها في فمه ولذا قال صاحب الهداية فان هذا ايجار وليس بارضاع فقولهم فان ارضعته يكون من قبيل المشاكلة (بخلاف ما اذا دفعته الى خادمها حتى ارضعته) حيث تستحق الاجر حينئذ كذا في الكفاية (ولم تصح الاجارة للاذان والامامة والحج وتعليم القرآن والفقه والغناء والملاهي والنوح) وفي المحيط في كتاب الاستحسان اذا اخذ المال بلا شرط يباح لانه اعطاه مالا عن طوع بلا عقد (وعسب التيس) وهو ان يؤجر فحلا لينزو على الاناث والمراد اخذ الاجرة عليه والاصل ان الاجارة لا تجوز عندنا على الطاعات والمعاصي لكن لما وقع الفتور في الامور الدينية جوزها المتأخرون ولذا قال (ويفتى اليوم بصحتها) اي الاجارة لتعليم القرآن والفقه والامامة والاذان ويجبر المستأجر على دفع الاجر ويحبس به وعلى الحلوة المرسومة وهي هدية تهدى المعلمين على رؤس بعض سور القرآن سميت بها لان العادة اهداء الحلاوى (تفسد) اي الاجارة (ان دفع الى آخر غزلا لينسجه بنصفه او استأجر حمارا ليحمل زاده ببعضه) اي بعض الزاد (او ثورا ليطحن بره ببعض دقيقه) هذا الاخير يسمى قفيز الطحان وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عنه لانه جعل الاجر بعد ما يخرج من عمله والاولان في معناه (او من يخبزله كذا اليوم بكذا) اي اذا استأجر رجلا ليخبزله هذه العشرة الاصوع من الدقيق اليوم بدرهم فسد عند ابي حنيفة لجهالة المعقود عليه لان ذكر الوقت يقتضي كونه المنفعة وذكر العمل مع تقدير الدقيق يقتضي كونه العمل ولا ترجيح لاحدهما على الآخر مع ان نفع المستأجر في وقوعها على العمل

(قوله وجاز للمستأجر فسخها ان مرضت او حبلت) اقول وجاز لها ايضا ان تفسخها باذية اهله لها او بعدم جريان عادتها بارضاع ولد غيرها او بعار تهابه كما في التبيين (قوله لاثمن شيء منها) اقول وما ذكره محمد من ان الدهن والريحان على الظئر فذاك من عادة اهل الكوفة كما في البرهان (قوله فان ارضعت بلبن شاة) اقول بان اقرت به او شهدت بينة بارضاعها بلبن البهائم له وان جحدت كونه بلبن شاة فالقول لها مع يمينها استحسانا او شهدوا انها ما ارضعته بلبن نفسها تقبل لقيامها على النفي مقصودا بخلاف الاول لدخوله في ضمن الاثبات وان اقاما فالبينة بينة الظئر كما في الذخيرة (قوله فلا اجر) اقول هذا ظاهر على اختيار شمس الائمة حيث قال والاصح ان العقد يرد على اللبن لانه هو المقصود وما سوى ذلك من القيام بمصالحه تبع واما على اختيار صاحب الهداية ان المعقود عليه المنفعة وهو القيام بخدمة الولد وما يحتاج اليه ففيه نظر لانه جعل الارضاع مستحقا تبعا للخدمة فكيف يسقط كل الاجر بتركه كما في البرهان (قوله بخلاف ما اذا دفعته الى خادمها حتى ارضعته حيث تستحق الاجر) اقول هذا استحسان اذا لم يشترط ارضاع ثديها وان شرط فدفعته لخادمها اختلفوا فيه والاصح انها لا تستحق كما في الذخيرة (قوله وفي المحيط الخ) اقول يشكل عليه ما ذكره في البرهان عن سنن ابي داود عن عبادة بن الصامت قال علمت ناسا من اهل الصفة القرآن فاهدى الي رجل منهم قوسا فقلت ليست بمال وارمي بها في سبيل الله لآتين رسول الله صلى الله عليه وسلم فاتيته فقلت يا رسول الله رجل اهدى الي قوسا ممن كنت اعلمه الكتاب والقرآن وليست بمال وارمي عنها في سبيل الله قال ان كنت تحب ان تطوق طوقا من نار فاقبلها وفي رواية فقلت ما ترى فيها يا رسول الله فقال هي جمرة بين كتفيك تقلدتها او تعلقتها اه (قوله او استاجر حمارا ليحمل زاده ببعضه) اقول المراد ببعضه قدر معلوم منه ويكون له اجر المثل لا يجاوز به المسمى اذا فعل ما استأجر له (درر ٣٠ ني) وهذا اذا اورد العقد على الجميع ببعضه واما اذا اورد العقد على البعض ببعضه الباقي فلا اجر لانه ملك النصف في الحال بالتعجيل فصار شريكا كما نص عليه اه وينظر هل نسج الثوب مثله (قوله او من يخبزله كذا اليوم بكذا) اقول هذا على الصحيح من مذهب الامام ان الاجارة فاسدة قدم العمل او اخر اذا ذكر الاجر بعد الوقت العمل واما اذا ذكر الوقت اولا ثم الاجر ثم العمل بعده او ذكر العمل اولا ثم الاجر ثم الوقت لا يفسد العقد كما في الخانية

لانه لايستحق الاجرة الا به لكونه أجيرا مشتركا ونفع الاجير فى وقوعها على العمل لانه لايستحق الاجر الا به لكونه على المنفعة لانه يستحق الاجرة بمضى المدة عمل اولا فقسد العقد ولو كان المعقود عليه كليهما اى يعمل هذا العمل مستغرقا لهذا اليوم فهو غير مقدور عادة وعن ابى حنيفة انه اذا سمى عملا وقال فى اليوم جازت الاجارة لان فى للظرف لا لتقدير المدة فلا تقتضى الاستغراق وكان المعقود عليه العمل وهو معلوم (او ارضا ان يثنيها او يكرى انهارها أو يسرقنها) لان أثر هذه الافعال يبقى بعد انقضاء المدة وليست من مقتضيات العقد وفيه نفع صاحب الارض فتفسد كالبيع (بخلاف استئجارها على أن يكربها ويزرعها أو يسقيها ويزرعها) لانه شرط يقتضيه العقد لان الزراعة مستحقة بالعقد وهى لا تتأتى الا بالسقى والكرب فلا تفسد به (وبلا ذكر زراعتها او ما يزرع فيها لم تصح) أما الاول فلان الارض تستأجر للزراعة والبناء والغرس فالم يبين شئ منها لم يعلم المعقود عليه وأما الثانى فلتفاوت انواع الزراعات واضرار بعضها بالارض فالم يبين شئ منها لم يعلم المعقود عليه (الا ان يعمم المؤجر) بان يقول على ان تزرع ماشئت فحينئذ تصح لوجود الاذن منه (ولو زرعها) بلا ذكر الزراعة أو ما يزرع (فمضى الاجل عاد) اى العقد (صحيحا) وله المسمى لارتفاع الجهالة بالزراعة قبل تمام العقد (استأجر جملا الى بغداد ولم يسم حمله فحمل معتادا فهلك لم يضمن) لان الاجارة فاسدة والعين امانة ولم يوجد التعدى (وان بلغ) المكان المعهود (فله المسمى) من الاجر استحسانا والقياس ان يجب اجر المثل لانه وقع فاسدا وجه الاستحسان ان الجهالة ارتفعت قبل تمام العقد (فان تنازعا) اى العاقدان (قبل الزرع) فى الصورة الاولى (والحمل) فى الصورة الثانية (فسخت الاجارة) يعنى فسخها القاضى دفعا للفساد (وان تعدى) اى المستأجر على الدابة (وضمن او حمل طعاما مشتركا) بينه وبين آخر فاستأجر احدهما الآخر او حماره الى مكان كذا فحمل الطعام كله (فلا اجر له) لا المسمى ولا اجر المثل اما فى الاول فلما تقرر ان الاجر والضمان لا يجتمعان واما فى الثانى فلان العقد ورد على ما لا يحتمل الوجود فبطل كاجارة ما لا منفعة له لان المعقود عليه حمل النصف الشايع وحمله غير متصور لانه حسى لا يتصور فى الشايع من حيث انه شايع بخلاف البيع لانه تصرف شرعى وهو يحتمله (كما فى الجحود فى الطريق) يعنى استأجر دابة ثم جحد الاجارة فى بعض الطريق وجب أجر ما ركب قبل الانكار ولا يجب الاجر لما بعده عند أبى يوسف لانه بالجحود صار غاصبا والاجر والضمان لا يجتمعان وعند محمد يجب الاجر كله لانه سلم من الاستعمال فسقط الضمان كذا فى الكافى وزاد فى شرح المجمع للمصنف بعد قوله فسقط الضمان قوله وتعده الاجارة قائم لان الاجارة لا تنفسخ به وحده فوجب له الاجر المسمى على المستأجر لالتزامه بذلك (اجارة النفع بالنفع تجوز اذا اختلفا واذا اتحدا لا) يعنى اذا أجر داره ليسكنها بسكنى دار أخرى او دابة يركبها بركوب دابة أخرى أو ثوبه ليلبسه بلبس ثوب آخر لم يجز عندنا لان المعقود عليه ما يحدث من المنفعة وذا غير موجود فى الحال فاذا اتحد الجنس كان كبادلة الشئ بجنسه نسيئة والجنس بانفراده يحرم

(قوله ونفع الاجير فى وقوعها على العمل) لعل صوابه على المدة يوضحه تعليله بقوله لانه استحق الاجر بمضى المدة عمل اولا ولكونه قسما لما يقع العقد عليه عليه وهو العمل او الزمان فليتأمل (قوله لان أثر هذه الافعال يبقى بعده انقضاء المدة) اقول لو كانت الاجارة طويلة فلا يبقى لفعله أثر بعدها او كان الريع لا يحصل الا به لا يفسد اشتراكه وقد يحتاج الى كرى الجداول ولا يبقى أثره الى القابل عادة بخلاف كرى الانهار لان أثره يبقى الى القابل عادة كما فى التبيين (قوله ولو زرعها فمضى الاجل عاد صحيحا) اقول صحة العقد لا تتوقف على مضى الاجل بعد الزراعة بل اذا زرع ارتفعت الجهالة لما ذكر بعد من وجه الاستحسان فيما اذا بلغ الحمل المكان ان الجهالة ارتفعت قبل تمام العقد فليتأمل (قوله عاد العقد صحيحا) يعنى استحسانا (قوله كما فى الجحود فى الطريق) أقول لا يخفى انه شبه عدم استحقاقه الاجر فى التعدى وحمل الطعام المشترك بما اذا جحد فى الطريق وفيه نظر لانه لا يسقط الاجر الا فيما بقى على قول أبى يوسف خلافا لمحمد كما ذكره فكان ينبغى ان يقال كما فيما بقى بعد الجحود فى الطريق (قوله واذا اتحدا لا) اقول ثم لو استوفى احدهما المنفعة عند اتحاد الجنس فعليه اجر المثل فى ظاهر الرواية وروى الكرخى عن أبى يوسف انه لا شئ عليه كما فى التبيين

(النسا)

النسأ عندنا بخلاف ما اذا اختلف الجنس لان النسأ فى الجنس المختلف ليس بحرام كذا فى الكافى اقول يرد على ظاهر قوله لان النسأ فى الجنس المختلف ليس بحرام مخالف لما فى قال الرباان وجد القدر والجنس حرم الفضل والنسأ لوجود العلة وان وجد احدهما وعدم الآخر حل الفضل وحرم النسأ مثل ان يسلم هرويا فى هروى او برا فى شعير وان عدما حل الفضل والنسأ فان البر والشعير جنسان مختلفان وقد حرم النسأ فيه ودفعه ان مراده بالجنس المختلف ما لا يكون فيه قدر كبيع حفنة بر بحفنتى شعير حيث جاز فيه النسيئة لاختلاف الجنس وانتفاء القدر كما عرف فى بابه وههنا كذلك فان جنس النفع اذا اختلف وليس النفع من المقدرات الشرعية لم يحرم النسأ لانتفاء جزأى العلة فيكون هذا داخلا فى قوله وان عدما حل الفضل والنسأ هذا وقد علل فى المحيط عدم الجواز اذا اتحد الجنس بان المنافع معدومة فى الطرفين فكانت نسأ لاعينا والنبى صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الكالئ بالكالئ الا انه خص منه خلاف الجنس بالاجماع

باب من الاجارة

الاجير نوعان احدهما (الاجير المشترك) وثانيهما الاجير الخاص وسيأتى بيانه الاول من يعمل لا لواحد) كالخياط ونحوه (او يعمل له) اى لواحد عملا (غير موقت) فانه اذا استأجر رجلا وحده للخياطة او الخبز فى بيته غير مقيد بيوم او يومين كان اجيرا مشتركا وان لم يعمل لغيره (او موقتا بلا تخصيص) يعنى اذا استأجر رجلا لرعى غنمه شهرا بدرهم فهو اجير مشترك الا ان يقول ولا ترع غنم غيرى فحينئذ يصير اجير واحد وسيأتى تحقيقه (وانما يستحق) اى لا يستحق الاجير المشترك (الاجر) الا (بعمله كالصباغ ونحوه) لان الاجارة عقد معاوضة فتقتضى المساواة بين العوضين فالم يسلم المعقود عليه للمستأجر وهو العمل لا يسلم للاجير العوض وهو الاجر (ولا يضمن ما هلك فى يده) سواء هلك بسبب يمكن التحرز عنه كالسرقة او بما لا يمكن كالحريق الغالب والغارة لان العين امانة عنده لانه قبضه باذن المالك لمنفعة وهى اقامة العمل فيه له فلا يكون مضمونا عليه كالمودع واجير الواحد (وان) وصلية (شرط عليه الضمان) لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه نفع لاحد المتعاقدين اما فيما لا يمكن الاحتراز عنه فبالاجماع واما فيما يمكن فعلى الخلاف فعندهما يجوز لانه يقتضيه العقد عندهما وعنده يفسد لما ذكر (وافتى المتأخرون بالصلح على النصف) لاختلاف الصحابة فيه كذا فى العمادية (بل يضمن ما هلك بعمله كالخرق) اى خرق الثوب الحاصل (من الدق) اى دق القصار (وزلق الحمال) فان التلف الحاصل من زلقه حصل من تركه التثبت فى المشى وانقطاع حبل يشد به الحمل فان التلف الحاصل) به حصل من تركه التوثيق فى شد الحمل (وغرق السفينة من مده الا آدميا غرق) اى لا يضمن آدميا غرق من مده السفينة (او سقط من دابة) وان كان بسوقه اوقوده لان ضمان الآدمى لا يجب بالعقد بل بالجناية وما يجب به يجب على العاقلة والعاقلة لا تتحمل ضمان العقود وهذا ليس بجناية لكونه مأذونا فيه (او هلك من حجامة او فصد لم يجز المعتاد كذا دابة

(قوله يعنى استأجر رجلا لرعى غنمه شهرا بدرهم فهو اجير مشترك) اقول اذا وقع العقد على هذا الترتيب الذكرى كان فاسدا كما قدمناه عن الخانية وهى مسئلة الخباز المتقدمة (قوله وافتى المتأخرون بالصلح على النصف) اقول قال البرجندى وفى الفصول العمادية كان الشيخ الامام ظهير الدين المرغينانى يفتى بقول ابى حنيفة قال صاحب العدة سألت عنه هل يجبر الخصم على الصلح عند من قال به اجاب بأنى كنت افتى بالصلح فى الابتداء فرجعت لهذا وعن صاحب المحيط انه ان كان الاجير مصلحا لا يجب الضمان وان كان بخلافه يجب الضمان كما هو مذهبهما وان كان مستور الحال يؤمر بالصلح اه وفى التبيين وبقولهما يفتى اليوم لتغير احوال الناس وبه يحصل صيانة اموالهم اه وقال العينى وبه يعنى بما قالا افتى بعضهم وبقول الامام آخرون وافتى بالصلح جماعة منا اه وقال قاضيخان والمختار فى الاجير المشترك قول ابى حنيفة اه (قوله بل يضمن ما هلك بعمله كالخرق) اقول وصاحب الثوب مخير ان شاء ضمنه قيمته غير معمول ولم يعطه الاجر وان شاء ضمنه معمولا واعطا الاجر وقدمر نظيره كما فى التبيين (قوله وغرق السفينة من مدة) اقول او معالجته لان ذلك من جناية يده فيضمن وان كان صاحب الطعام او وكيله فى السفينة لا يضمن الملاح بشئ من ذلك لان صاحب الطعام اذا كان معه فى السفينة كان الطعام فى يد صاحبه فلا يضمن الملاح الا ان يضع فيها شيأ او يفعل فعلا يتعمد الفساد كما فى الخانية (قوله او سقط من دابة) اقول قيل هذا اذا كان كبيرا يستمسك على الدابة ويركب وحده والا فهو كالمتاع والصحيح انه لافرق كما فى التبيين

اى لايضمن ايضا دابة هلكت من قصد ونحوه (لم يجزه) اى لم يجز المعتاد لانه التزمه بالعقد فصار واجبا عليه الواجب لا يجامعه الضمان كما اذا احد القاضي او عذر ومات المضروب به الا ان يمكن التحرز عنه كدق الثوب ونحوه اذ بقوة الثوب ورقته يعلم مايحتمله من الدق بالاجتهاد فامكن تقييده بالسلامة بخلاف القصد ونحوه فانه ينبني على قوة الطبع وضعفه ولا يعرف ذلك بنفسه ولا مايحتمله من الجرح فلا يمكن تقييده بالسلامة فسقط اعتباره الا اذا جاوز المعتاد فيضمن الزائد كله اذا لم يهلك واذا هلك يضمن نصف دية النفس لانه هلك بمأذون فيه وغير مأذون فيه فيضمن بحسابه وهو النصف حتى ان الختان لو قطع الحشفة وبرأ المقطوع يجب عليه دية كاملة لان الزائد هو الحشفة وهو عضو كامل فتجب عليه دية كاملة وان مات يجب عليه نصف الدية وهي من الغرائب حيث يجب الاكثر بالبرء والاقل بالهلاك ذكره الزيلعي (فان انكسر دن في الطريق ضمن الحمال قيمته في مكان حمله بلا اجر او مكان كسره بحصة اجره) اما الضمان فلانه تلف بفعله لان الداخل تحت العقد عمل على سليم والمفسد غير داخل واما الخيار فلانه اذا انكسر في الطريق والحمل شيء واحد تبين انه وقع تعديا من الابتداء من هذا الوجه وله وجه آخر وهو ان ابتداء الحمل حصل بامره فلم يكن تعديا وانما صار تعديا عند الكسر فيميل الى اى الجهتين شاء فان مال الى كونه متعديا ضمن قيمته في الابتداء ولا يجب الاجر اذ تبين انه كان متعديا من الابتداء وان مال الى كونه مأذونا فيه في الابتداء وانما صار متعديا عند الكسر ضمن قيمته عند الكسر واعطاه اجرته بحسابه (و) ثاني النوعين الاجير (الخاص) ويسمى اجير واحد ايضا (هو من يعمل لواحد عملا مؤقتا بالتخصيص) وفوائد القيود عرفت مما سبق (ويستحق الاجر بتسليم نفسه مدته وان لم يعمل كاجير شخص لخدمته او رعي غنمه) وليس له ان يعمل لغيره لان منافعه صارت مستحقة له والاجر مقابل بها فيستحقه مالم يمنع من العمل مانع كالمرض والمطر ونحو ذلك مما يمنع التمكن من العمل اعلم ان الاجير للخدمة او لرعي الغنم انما يكون اجيرا خاصا اذا شرط عليه ان لا يخدم غيره ولا يرعى لغيره او ذكر المدة اولا نحو ان يستأجر راعيا شهرا ليرعى له غنما مسماة باجر معلوم فانه اجير خاص باول الكلام اقول سره انه اوقع الكلام على المدة في اوله فتكون منافعه للمستأجر في تلك المدة فيمتنع ان يكون لغيرها فيها ايضا وقوله بعد ذلك ليرعى الغنم يحتمل ان يكون لايقاع العقد على العمل فيصير اجيرا مشتركا لانه من يقع عقده على العمل وان يكون لبيان نوع العمل الواجب على الاجير الخاص في المدة فان الاجارة على المدة لا تصح في الاجير الخاص ما لم يبين نوع العمل بان يقول استأجرتك شهرا للخدمة او للحصاد فلا يتغير حكم الكلام الاول بالاحتمال فيبقى اجير وحد مالم ينص على خلافه بان يقول على ان ترعى غيري مع غنمي وهذا ظاهر او اخر المدة بان استأجره ليرعى غنما مسماة له باجر معلوم شهرا فحينئذ يكون اجيرا مشتركا باول الكلام لايقاع العقد على العمل في اوله وقوله شهرا في آخر الكلام يحتمل ان يكون لايقاع العقد على المدة فيصير اجير وحد ويحتمل ان

(قوله حتى ان الختان لو قطع الحشفة وبرأ المقطوع تجب دية كاملة) اقول وبقطع بعضها يجب حكومة عدل كما ذكره الاتقاني (قوله وان انكسر دن) اقول يعني اذا كان الكسر بصنعه بان زلق او عثر او كسره عمدا وان كان من غير صنعه بان زحمه الناس فانكسر فلا يضمن عنده وعندهما يضمن قيمته في موضع الكسر كما في التبيين (قوله اعلم الى آخر السوادة) من كلام الزيلعي (قوله او ذكر المدة اولا نحو ان يستأجر راعيا شهرا ليرعى له غنما مسماة باجر معلوم) اقول اذا اوقع العقد على هذا الترتيب كان فاسدا كما قدمناه وصحته ان يلي ذكر المدة الاجر فتأمل (قوله فلا يتغير حكم الكلام الاول) بالغين المعجمة والراء المهملة

يكون لتقدير العمل الذى وقع العقد عليه فلا يتغير اول كلامه بالاحتمال مالم يصرح بخلافه (ولا يضمن ماهلك فى يده او بعمله) اما الاول فلان العين امانة فى يده بالاجماع اما عنده فظاهر واما عندهما فلان تضمين الاجير المشترك نوع استحسان عندهما صيانة لاموال الناس لانه يتقبل الاعمال من خلق كثير طمعا فى كثرة الاجر وقد يعجز عن القيام بها فيمكث عنده طويلا فيجب عليه الضمان اذا هلكت بما يمكن التحرز عنه لئلا يتساهل فى حفظها واجير الواحد لا يتقبل الاعمال واخذ فيه بالقياس واما الثانى فلان المنافع صارت مملوكة للمستأجر فاذا امره بالصرف الى ملكه صح وصار نائبا منابه فصار فعله منقولا اليه كانه فعله بنفسه وفرع عليه بقوله (فلا تضمن ظئر صبى ضاع) اى الصبى (فى يدها او سرق ما عليه) اى على الصبى من الحلى لكونها اجير وحد (صح ترديد الاجر بالترديد فى العمل) نحو ان خطته فارسيا فبدرهم وان خطته روميا فبدرهمين (وزمانه) نحو ان خطته اليوم فبدرهم وان خطته غدا فبنصفه (ومكانه) نحو ان سكنت فى هذه الدار فبدرهم او هذه فبدرهمين (والعامل) نحو ان تسكن فيه عطارا فبدرهم وان تسكن حدادا فبدرهمين (والمسافة) نحو ان تذهب الى الكوفة فبدرهم وان تذهب الى واسط فبدرهمين (والحمل) نحو ان تحمل عليها شعيرا فبدرهم او برا فبدرهمين وكذا اذا خيره بين ثلاثة اشياء ولو بين اربعة لم يجز كما فى البيع والجامع دفع الحاجة لكن يجب اشتراط خيار التعيين فى البيع لا الاجارة لان الاجر انما يجب بالعمل واذا وجد يصير المعقود عليه معلوما وفى البيع يجب الثمن بنفس العقد فتتحقق الجهالة بحيث لا يرتفع النزاع الا باثبات الخيار له (ويجب اجر ما وجد من) الامرين (المردد فيهما) قليلا كان او كثيرا (لكن اذا كان) اى الترديد (فى الزمان نحو ان خطته اليوم فبدرهم وان خطته غدا فبنصفه (يجب فى الاول) اى يجب اذا وجد العمل فى اليوم الاول من اليومين المردد فيهما ما سمى من الاجر (وفى الثانى) اى يجب اذا وجد العمل فى اليوم الثانى منهما (اجر المثل غير زائد على المسمى) وعندهما الشرطان جائزان وعند زفر فاسدان لان ذكر اليوم للتعجيل وذكر الغد للترديد فيه فيجتمع فى كل يوم تسميتان والواجب احداهما وهى مجهولة كما لو قال خطه اليوم بدرهم او نصف درهم ولهما ان كل واحد مقصود فصار كاختلاف النوعين كالرومية والفارسية وله ان العقد المضاف الى الغد لم يثبت فى الاول فلم يجتمع فى اليوم تسميتان فلم يكن الاجر مجهولا فى اليوم والمضاف الى اليوم يبقى الى الغد فيجتمع فى الغد تسميتان درهم او نصف درهم فيكون الاجر مجهولا وهى تمنع جواز العقد (بنى المستأجر تنورا او كانونا فى الدار المستأجرة احترق بعض بيوت الجيران او الدار لا ضمان عليه مطلقا) اى سواء بنى باذن صاحب الدار او لا لان هذا انتفاع بظاهر الدار على وجه لا يغير هيئة الباقى الى النقصان (الا ان يصنع ما لا يصنعه الناس) من ترك الاحتياط فى وضعه وايقاد نار لا يوقد مثلها فى التنور والكانون كذا فى العمادية (استأجر حمارا فضل عن الطريق ان علم انه لا يجده بعد الطلب لم يضمن كذا راع ندشاة من قطيعه

(قوله لكن يجب اشتراط خيار التعيين فى البيع) اقول فى اشتراطه فى البيع روايتان وقد حكاهما المصنف رحمه الله فى باب خيار الشرط وذكرنا الخلاف فى تصحيحهما (قوله لان الاجر انما يجب بالعمل الخ) اقول هذا وجه الفرق بين الاجارة والبيع على احدى الروايتين فيه حكاه الزيلعى (قوله وفى ثانى اجر المثل غير زائد على المسمى) اقول المراد بالمسمى مسمى اليوم الثانى وهو نصف درهم لا يزاد عليه فى الصحيح وفى الجامع الصغير لا ينقص من نصف درهم ولا يزاد على درهم اه كما فى التبيين وما فى الجامع الصغير هو ظاهر الرواية كما فى نسخة من البرهان (قوله استأجر حمارا فضل عن الطريق الخ) اقول هذا ان لم يكن تخلف عنه اما لو تخلف عنه فتركه على باب بيت ودخله حتى توارى عنه او تخلف عنه فى الطريق لحاجة كبول او غائط حتى غاب عن بصره او ضل فى الطريق وعلم به فلم يطلبه مع عدم يأسه او اوقفه وصلى الفرض فذهب او نهب وهو ينظر اليه ولم يقطع اى الفرض ضمن لانه ترك الحفظ مع القدرة عليه لان خوف ذهاب المال يبيح قطع الصلاة وان كان درهما وان لم يغب عنه او كان فى موضع لا يعد فيه هذا الذهاب تضييعا له بان كان فى سكة غير نافذة او فى بعض القرى الامينة لم يضمن كما فى البرهان

فيخاف على الباقي ان تبعها) كذا في الخانية (لايسافر بعبد) مؤجر (للخدمة بلا شرطه) لان في خدمة السفر زيادة مشقة فلا ينتظمها الاطلاق (لايسترد مستأجر اجر عمل عبد محجور) يعني اذا استأجر عبدا محجورا شهرا واعطاه الاجر فليس للمستأجر ان يأخذ منه الاجر لان هذه الاجارة بعد الفراغ صحيحة استحسانا لان فسادها لرعاية حق المولى فبعد الفراغ رعاية حقه في الصحة ووجوب الاجر له (ولا يضمن آكل غلة عبد غصبه فأجرهو) اى العبد (نفسه) يعني رجل غصب عبدا فأجر العبد نفسه وسلم من العمل صحت الاجارة لكونه نفعا في حق المولى فان اخذ العبد الاجر فاخذ الغاصب الاجر منه فاكله لايضمن عند ابي حنيفة وقالا يضمن لانه اتلف مال الغير بلا تأويل لان الاجر مال المولى وله انه اتلف مالا غير متقوم في حق المتلف فلا يضمن كنصاب السرقة بعد القطع (كما اذا اجره الغاصب) فانه اذا اجر عبدا غصبه واخذ الاجرة واتلفه لايضمن لان الاجر له (وصح للعبد قبضها) اى الاجرة الحاصلة من ايجار نفسه اتفاقا لانه نفع محض مأذون فيه كقبول الهبة وفائدته تظهر في حق خروج المستأجر عن عهدة الاجرة فانه يحصل بالاداء اليه (ويأخذها مولاه قائمة) لانه وجد عين ماله ولا يلزم من بطلان التقوم بطلان الملك كما في نصاب السرقة بعد القطع فانه غير متقوم وملك للمالك (استأجر عبدا شهرين شهرا باربعة وشهرا بخمسة صح على الترتيب) المذكور لان الشهر المذكور اولا ينصرف الى ما يلي العقد تحريا للجواز فينصرف الثاني الى ما يلي الاول ضرورة (حكم الحال ان اختلفا في اباق العبد او مرضه وجرى ماء الرحى) يعني استأجر عبدا شهرا بدرهم فقبضه في اول الشهر ثم جاء آخر الشهر والعبد مريض او آبق واختلفا فقال المستأجر مرض هو او ابق من اول المدة وقال المؤجر في آخرها حكم الحال فان كان العبد آبقا او مريضا في الحال يحكم بانه كذلك من اول المدة فلا يجب الاجر وان لم يكن آبقا او مريضا يحكم بانه كذلك من اول المدة فيجب الاجر وكذا الاختلاف في جرى ماء الرحى القول لرب الثوب في القميص والقباء والصفرة والحمرة) يعني اذا قال رب الثوب للخياط امرتك ان تخيط ثوبي قباء فخطته قميصا او للصباغ امرتك ان تصبغ ثوبي احمر فصبغته اصفر وقال الخياط والصباغ ما امرتني هو الذي فعلته فالقول في الصورتين لرب الثوب مع اليمين لان الاذن يستفاد من قبله فكان القول قوله فيما اذن فيه فاذا لم يكن لهما بينة حلف رب الثوب في الصورة الاولى خير ان شاء ضمنه قيمة الثوب غير معمول ولا اجر له وان شاء اخذه واعطاه اجر مثله ولا يجاوز به المسمى لانه امتثل امره في اصل ما امر به وهو القطع والخياطة لكن خالفه في الصفة فيختار ايهما شاء وفي الثانية خير ان شاء ضمنه قيمة ثوب ابيض وان شاء اخذ ثوبه واعطاه اجر مثله لايجاوز به المسمى ايضا (و) القول لرب الثوب (في الاجر وعدمه) اى صدق رب الثوب مع يمينه في قوله عملت الى مجانا والصانع قال بل بأجر لانه ينكر العقد ووجوب الاجر وتقوم عمله

وهما ضمناه لتركه اتباعه بحسب وسعه كما في البرهان (قوله لايسترد اجر عبد محجور) اقول وكذا الايسترداجر الصبي المحجور استحسانا فيهما كما في البرهان (قوله فاجرهو اى العبد نفسه) اى من غير الغاصب فالهاء من فاجره زائد في نسخة (قوله والعبد مريض او آبق) اقول لو حذف هذا لكان اولى ليتجه قوله بعده فان كان آبقا او مريضا لايجب الاجر وان لم يكن يجب والا فكيف يحكم بمرضه واباقه ثم يردد بينه وبين عدمه (قوله وقال المؤجر في آخرها) اقول وكذا الحكم لو انكر بالمرة (قوله حكم الحال) اقول فيكون القول قول من يشهد له الحال مع يمينه فيصلح الظاهر مرجحا وان لم يصلح حجة وهذا ظاهر في جانب المستأجر لانه ليس فيه الادفع الاستحقاق عليه وان شهد للمؤجر ففيه اشكال من حيث استحقاقه الاجرة بالظاهر وهذه لاتصلح للاستحقاق وجوابه انه يستحقه بالسبب السابق وهو العقد وانما الظاهر يشهد على بقائه الى ذلك الوقت وعلى هذا ادعاء ولادة قبل العتق والثمر قبل البيع القول لمن الولد والثمر في يده تحكيما للحال كما في التبيين (قوله والقول لرب الثوب في الاجر وعدمه) اقول هذا لا عند ابي حنيفة ويجعله ابو يوسف القول للصانع ان كان اجر بماله اى خليطا بينه وبين المستأجر اخذ واعطاه في حرفة وحكم محمد بالاجر ان كان معروفا بعمل تلك الصنعة بالاجرة وبه يفتى لشهادة الظاهر لدعواه كما في البرهان وفي الدرر ايضا الفتوى على قول محمد وكذا في التبيين

باب فسخ الاجارة

باب فسخ الاجاره

(تفسخ) اى للمستأجر ولاية الفسخ لانها تنفسخ لاحتمال الانتفاع بوجه آخر ولهذا لم يقل تنفسخ (بخيار الشرط) بان استأجر دارا سنة على انه او المؤجر بالخيار فيها ثلاثة ايام وانما تفسخ به لانها عقد معاوضة ولا يجب قبضه فى المجلس ويحتمل الفسخ بالاقالة فيجوز شرط الخيار فيه كالبيع (و) بخيار (الرؤية) لانه صلى الله عليه وسلم قال من اشترى شيأ لم يره فله الخيار اذا رآه والاجارة شراء المنافع فيتناوله ظاهر الحديث لفظا ودلالة (و) بخيار (عيب) حاصل (قبل العقد او بعده) اما جواز الرد بعيب حاصل قبل العقد فظاهر واما جوازه بما بعد العقد فلان المعقود عليه هو المنافع وانما توجد شيأ فشيأ وكل ما كان كذلك فكل جزء منه بمنزلة الابتداء فكان العيب حاصلا قبل القبض وذلك يوجب الخيار كما فى البيع وعلى هذا لا فرق بين ان يكون العيب حادثا بعد قبض المستأجر او قبله لان الذى حدث بعد قبض المستأجر كانه قبل قبض المعقود عليه وهو المنافع كذا فى شروح الهداية (بفوت النفع) صفة عيب (كخراب الدار وانقطاع ماء الرحى و) ماء (الارض) فان كلا منها يفوت النفع فيثبت خيار الفسخ (او يخل) عطف على يفوت (به) اى بالنفع يعنى ان العيب لا يفوت النفع بالكلية بل يخل به بحيث يجوز ان ينتفع به فى الجملة (كمرض العبد ودبر الدابة) فان الاجارة تفسخ به ايضا (فلو لم يخل) اى العيب (به) اى بالنفع (او انتفع) اى المستأجر (بالخلل) بالنفع واستوفى المنفعة وقد رضى بالعيب (او ازاله) اى الاخلال (المؤجر سقط خياره) لزوال سببه ولذا قالوا ان العيب اذا لم يخل بالنفع المقصود لم يكن يجوز الفسخ كما اذا كان فى الدار حائط للجمال ولا ينتفع به فى سكناها وسقط ذلك الحائط ليس له ولاية الفسخ لان المعقود عليه المنفعة فاذا لم تمكن الخلل فيها لم يثبت الخيار (و بعذر) عطف على بخيار الشرط (ولزوم ضرر لم يستحق بالعقد ان بقى) اى العقد (كما فى سكون وجع ضرس استؤجر) حداد (لقلعه) فان العقد ان بقى لزم قلع سن صحيح وهو ضرر غير مستحق بالعقد (وموت عرس او اختلاعها استؤجر) اى طباخ (لطبخ وليمتها) فان العقد ان بقى تضرر المستأجر باتلاف ماله فى غير الوليمة (ولزوم دين) عطف على لزوم ضرر (لا يقضى الا بثمن المؤجر) فانه اذا اجر دكانا او دارا ثم افلس ولزمه ديون لا يقدر على ادائها الا بثمن ما اجر واراد فسخها يفسخ والا لزمه ضرر الحبس (وسفر) عطف على لزوم (مستأجر عبد للخدمة فى المصر او مطلقا) اى غير مقيد بكونها فى المصر وان كان محمولا على الخدمة فى المصر فان منع مالكه عن السفر فللمستأجر الفسخ لوجود العذر وان اراد المستأجر سفره فلا لكه الفسخ لوجود العذر وان رضى المالك بسفره فليس للمستأجر الفسخ لانتفاء العذر (وافلاس مستأجر دكان ليتجر) فان الاجارة ان بقيت لزم اداء اجر الدكان وهو يمتنع بالافلاس (و) افلاس (خياط يعمل بماله استأجر عبدا ليخيط فترك عمله) قيد

(قوله تفسخ الخ) هذا على الاصح وقال بعضهم تنفسخ بهذه الاشياء اى العيب وخراب الدار ونحوه كما فى التبيين (قوله لانها تنفسخ) لا يتوهم فى خيار الشرط فلا وجه لذكره هنا (قوله لاحتمال الانتفاع بوجه آخر) علة لقوله تفسخ بخيار الشرط وليس له مساس بهذا المقام لانه فى وجود عيب وايضا لا يتأتى فى جانب المؤجر وخيار الشرط يعمهما لانه لا تزوى فتزوى (قوله لاحتمال الانتفاع بوجه آخر) اقول او بما استأجر لاجله مع الخلل كما سيأتى (قوله فان الاجارة تنفسخ به ايضا) كذا فى نسخة وعلى الاصح كما اختاره انها تنفسخ به (قوله فلو لم يخل به او انتفع او ازاله سقط خياره) اقول سقوط الخيار واضح فيما اذا انتفع او ازيل الخلل اما فيما اذا لم يخل فليس له خيار اصلا فلا يقال سقط خياره اذ السقوط فرع عن الثبوت فكان ينبغى ان يقول بدله ليس له خيار والسالبة صادقة بنفى الموضوع (قوله و بعذر عطف على بخيار الشرط) اقول يعنى انها تفسخ بالعذر فيثبت به حق الفسخ وفى كيفيته اختلاف اشار فى الجامع الصغير الى انه لا يحتاج فيه الى القضاء بمنزلة عيب المبيع فينفرد العاقد بالفسخ وفى الزيادات ان الامر يرفع الى الحاكم ليفسخ كالرجوع فى الهبة قال شمس الائمة السرخسى هذا هو الاصح ومنهم من وفق فقال هذا اذا كان العذر ظاهرا ينفسخ والا فيفسخه الحاكم وقال قاضيخان والمحبوبى هو الاصح كما فى التبيين (قوله كما فى سكون وجع ضرس وموت عرس او اختلاعها) اقول ليس ذلك كله شرطا لان الانسان لا يجبر على اتلاف ماله وجسده لانه قد يتلف لهاته بالقلع كما قالوا فى القصاص برد سن الجانى تحاشيا عن اتلاف لهاته بنزعه ولا يجبر على الطعام ماله لمن يشكره او يجر له ضررا كما هو مشاهد ما ظهر لى ثم رأيته فى البدائع الا مسئلة الخلع لكنه يفيد ذلك (قوله ولزوم دين لا يقضى الا بثمن ما آجر واراد فسخها يفسخ) قال الزيلعى اختلفوا فى كيفية فسخه فقال بعضهم يبيع الدار او لا فينفذ بيعه وتنفسخ الاجارة ضمنا لبيعه وقال بعضهم تفسخ الاجارة اولا ثم يبيع

 (قوله والمراد به ههنا ما بقى من اصول القصب المحصود فى الارض) اقول وكذا او احرق الشوك فانه لم يضمن (قوله استأجرها او استعارها الخ) اقول ولعله لم يذكر المملوكة لانه اذا لم يضمن فيما ذكر فالمملوكة اولى بعدم الضمان (قوله قال الامام شمس الائمة عدم الضمان اذا كانت الرياح ساكنة ثم تغيرت اما اذا كانت مضطربة فيضمن) اقول نقله الزيلعى من شمس الائمة بصيغة ينبغى فانه قال واما اذا كانت الرياح مضطربة ينبغى ان يضمن اه وفى جامع الفصولين رجل احرق شوكا او شيأ فى ارضه فذهبت الريح بالشرارات الى ارض جار واحرقت زرعه ان كان بعيد من ارض الجار على وجه لا يصل اليه شرر النار فى العادة فلا ضمان عليه لانه حصل بفعل النار وانه جبار ولو كان بقرب من ارضه على وجه يصل شرر النار غالبا فانه يضمن لان له الايقاد فى ملك نفسه لكن بشرط السلامة اه (قوله سقى ارضه سقيا لا تحتمله الخ) اقول يعنى لا تحتمل بقاءه بان كانت صعودا وارض جاره هبوطا يعلم انه لو سقى ارضه نفذ الى جاره ضمن ولو كان يستقر فى ارضه ثم يتعدى الى ارض جاره فلو تقدم اليه جاره بالسكر والاحكام ولم يفعل ضمن ويكون هذا كاشهاد على حائط واو لم يتقدم لم يضمن كما فى جامع الفصولين (قوله لانه شركة الوجوه فى الحقيقة) اقول لاح لى ان فيه نظرا ثم رايت الزيلعى قال ان هذه شركة الصنائع ثم قال وقول صاحب الهداية هذه شركة الوجوه فى الحقيقة فهذا بوجاهته يقبل وهذا بحذاقته يعمل فيه نوع اشكال فان تفسير شركة الوجوه ان يشتركا على ان يشتريا بوجوههما وليس فى هذه بيع ولا شراء فكيف يتصور ان تكون شركة الوجوه وانما هى شركة الصنائع على ما بيناه

بقوله يعمل بماله لان ليس له مال ويعمل بالاجر فرأس ماله ابرة ومقراض فلا يتحقق العذر فى حقه (وبداء مكترى الدابة من سفره) فانه عذر لانه لو مضى على موجب العقد لزمه ضرر زائد لاحتمال كون قصده سفر الحج فذهب وقته او طلب غريم له فحضر او التجارة فافتقر (بخلاف) متعلق بقوله وخياط يعمل بماله استأجر عبدا (ترك مستأجره) اى مستأجر عبد (له) اى لخياط (ليعمل) متعلق بالترك (فى الصرف) فانه لا يكون عذرا اذ يمكنه ان يقعد الغلام للخياطة فى ناحية ويعمل للصرف فى ناحية (وبداء المكارى) متعلق بقوله وبداء المكترى فانه ليس بعذر ايضا اذ يمكنه ان يقعد ويبعث دوابه على يد تلميذه او اجيره (وبيع ما آجره) متعلق بقوله ولزوم دين فانه ايضا ليس بعذر بدون لحوق دين كامر (وتنفسخ) الاجارة بلا حاجة الى الفسخ (بموت احدهما) اى احد العاقدين (او عقدها لنفسه) لانها لو بقيت تصير المنفعة المملوكة او الاجرة المملوكة لغير العاقد مستحقة بالعقد لانتقالها الى الوارث وهو لا يجوز (ولو) عقدها (لغيره لا) اى لا تنفسخ (كالوكيل والوصى والمتولى) لبقاء المستحق عليه والمستحق حتى لو مات المعقود له بطلت لما ذكرنا (و) تنفسخ (بموت احد المستأجرين او المؤجرين فى حصته فقط) وبقيت فى حصة الحى وقال زفر تبطل فيهما لان الشيوع مانع قلنا الشروط يراعى وجودها فى الابتداء لا البقاء كالشهادة فى النكاح

﴿ مسائل شتى ﴾

(احرق حصائد ارض) وهى جمع حصيد وحصيدة وهما الزرع المحصود والمراد بها ههنا ما بقى من اصول القصب المحصود فى الارض (استأجرها او استعارها فاحترق ما فى ارض غيره لم يضمن) لان هذا تسبب وليس بمباشرة فلا يكون متعديا كحافر البئر فى ملكه (ان لم تضطرب الرياح) قال الامام شمس الائمة عدم الضمان اذا كانت الرياح ساكنة ثم تغيرت اما اذا كانت مضطربة فيضمن لان موقد النار يعلم انها لا تستقر فى ارضه فيكون مباشرا (وضع جمرة فى الطريق فاحرقت شيئا ضمن) لانه متعد بالوضع واو رفعها الريح الى شئ فاحرقته لا يضمن لان الريح نسخت فعله كذا فى النهاية (سقى ارضه سقيا لا تحمله) اى لا تحمل تلك الارض ذلك السقى (فتعدى) اى الماء (الى جاره ضمن) لانه مباشر لا متسبب (اقعد خياطا او نحوه فى دكانه من يطرح عليه العمل بالنصف جاز) فان صاحب الدكان قد يكون ذا جاه وحرمة ولكن لا يكون حاذقا فى العمل فيقعد حاذقا يطرح عليه العمل وكان القياس ان لا يجوز لانه استأجره بنصف ما يخرج من عمله وهو مجهول كقفيز الطحان لكنه جاز استحسانا لانه شركة الوجوه فى الحقيقة فان هذا بوجاهته يقبل وذاك بحذاقته يعمل فتنتظم المصلحة ولا يضره الجهالة فيما يحصل (كاستئجار جمل

(ليحمل)

ليحمل عليه محملا وراكبين وحمل محملا معتادا) فانه جائز استحسانا وفى القياس لا يجوز وهو قول الشافعى لان المحمل متفاوت مجهول فيفضى الى النزاع وجه الاستحسان ان الجهالة تزول بالصرف الى المعتاد (ورؤيته اجود) اى ارادة المحمل الجمال احسن لان المشاهدة أنفى للجهالة (استأجره) اى جملا (لحمل قدر زاد فاكل منه رد عوضه) لانه استحق عليه حملا مقدرا فى جميع الطريق فله ان يستوفيه (قال لغاصب داره فرغها والا فأجرتها كل شهر بكذا فلم يفرغ وجب المسمى) لانه اذا عين الاجرة والغاصب رضى بها ظاهرا انعقد بينهما عقد اجارة (الا اذا انكر الغاصب ملكه) فانه اذا انكره لم يكن راضيا بالاجارة (وان) وصلية (أثبته) اى اثبت صاحب الدار كونها ملكا له (او اقر) اى الغاصب (به) اى بملكه (ولم يرض بالاجر) اى صرح بعدم رضاه به فحينئذ لا يفيد رضاه ظاهرا (للمستأجر) اى جاز له (ان يؤجر الاجير من غير موجره) ولا يجوز ان يؤجره لموجره لان الاجارة تمليك المنفعة والمستأجر فى حق المنفعة قائم مقام المؤجر فيلزم تمليك المالك (ويعير ويودع فيما لا يختلف الناس فى الانتفاع به) لانه لما ملك منافعه جاز له ان يملكها لكن لا فيما يختلف الناس فى الانتفاع به والا كان متعديا (فاذا استأجر دابة ليركب لا يؤجر غيره ولا يعيره) لانه مما يختلف الناس فى الانتفاع به (وكله لاستئجار دار ففعل وقبض ولم يسلمها اليه حتى مضت المدة رجع الوكيل بالاجر على الآمر كذا ان شرط تعجيل الاجر وقبض ومضت المدة ولم يطلب الآمر وان طلب وابى ليعجل) اى الاجر (لا) اى لا يرجع على الآمر يعنى لو وكل رجلا ليستأجر له دارا معينة فاستأجر فقبضها ومنعها من الآمر اولا حتى مضت المدة فالاجر على الوكيل لانه أصيل فى الحقوق ورجع الوكيل بالاجر على الآمر لانه فى القبض نائب عن الموكل فى حق ملك المنفعة فصار قابضا له حكما فان شرط الوكيل تعجيل الاجر وقبض الدار ومضت المدة ولم يطلبها الآمر منه رجع الوكيل بالاجر عليه لان الآمر صار قابضا بقبضه ما لم يظهر المنع ولو طلبها فأبى حتى يعجل لا يرجع به على الآمر لانه لما حبس الدار من الآمر وله حق الحبس خرجت يد الوكيل من ان تكون يد نيابة فلم يصر الموكل قابضا حكما ولم تصر المنافع حادثة فى يد الموكل حكما فلم يجب الاجر على الموكل كذا فى الكافى (للقاضى الاجرة على كتب المكاتيب قدر ما يجوز لغيره) لان كتبها ليس من افعال القضاء (المستأجر لا يكون خصما لمدعى الاجارة والرهن والشراء) لان الدعوى لا تكون الا على مالك العين (بخلاف المشترى) لانه مالك العين كذا فى العمادية

﴿ كتاب العارية ﴾

لما فرغ من كتاب تمليك النفع بعوض شرع فى كتاب تمليك النفع بلا عوض فى الصحاح هى بالتشديد كأنها منسوبة الى العار لان طلبها عار وعيب وفى الهداية هى من العرية وهى العطية وفى الكافى هى من التعاور وهو التناوب فكانه يجعل للغير نوبة فى الانتفاع بملكه الى ان يعود اليه (هى) لغة تمليك ماذكر وشرعا (تمليك نفع بلا عوض) وبهذا تخرج الاجارة (وتصح باعرتك) لانه صريح فيها

(قوله وحمل محملا معتادا) اقول ليس هو من شرط الجواز بل هو تصريح بما يجوز له فى هذا العقد فانه اذا حمل غير معتاد لا يقال بعدم صحة الاستئجار به بل ينبغى ان يكون كما تقدم فيما لو استأجرها القدر معلوم فزاد عليه ان طاقت الكل ثم هلكت ضمن الزيادة وان لم تطق ضمن كل قيمتها (قوله ويعير ويودع فيما لا يختلف الناس فى الانتفاع به) اقول هذا مستغنى عنه بما قدمه فى اوائل كتاب الاجارة بقوله وفيما لا يختلف به اى بالمستعمل بطل التقييد لانه غير مفيد ثم قوله ويودع لم يظهر لى سر تقييده بما لا يختلف اذ الايداع ليس الا الحفظ ولعل الصواب ويؤجر لقوله بعده فاذا استأجر دابة ليركب لا يؤجر غيره ولا يعيره واقول هو ايضا مستغنى عنه بما تقدم من قوله فى الاجارة وان خصص براكب او لابس فخالف ضمن كذا كل ما يختلف بالمستعمل

﴿ كتاب العارية ﴾

(قوله لانها منسوبة الى العار لان طلبها عار وعيب) قال فى المغرب انها منسوبة الى العارة اسم من الاعارة واخذها من العار عيب وفى النهاية ان ما فى المغرب هو المعول عليه لانه صلى الله عليه وسلم باشر الاستعارة فلو كان العار فى طلبها لما باشرها اه كما فى البحر (قوله هى تمليك نفع) اقول وقال الكرخى والشافعى اباحته وتوجيه كل ذكره الزيلعى

(قوله اطلاقا لاسم المحل على الحال) فيه تأمل ولعله من اطلاق السبب وارادة المسبب (قوله اقول بهذا التقرير يندفع ما اعترض صاحب الكافي الخ) اقول يخالف هذا الدفع ما ذكره في الايمان بقوله يراد ﴿٢٤٢﴾ بهذا البر نضبه عند ابي حنيفة لترجيح المعنى الحقيقي فليتأمل (قوله ولا يضمن اذا هلكت بلا تعد) هذا اذا كانت العارية مطلقة فان كانت مقيدة في الوقت مطلقة في غيره نحو ان يعيره يوما فلو لم يردها بمضي الوقت ضمن اذا هلكت كما في شرح المجمع وهو المختار كما في العمادية اه سواء استعملها بعد الوقت اولا وذكر صاحب المحيط وشيخ الاسلام انه انما يضمن اذا انتفع بعد مضي الوقت لانه حينئذ يصير غاصبا اما اذا لم ينتفع به في اليوم الثاني فلا يضمن كالمودع اذا امسك بعد انقضاء المدة ومنهم من قال يضمن على كل حال لان المستعير يمسك مال الغير بعد المدة لنفسه بخلاف المودع كما في شرح المجمع وبالتضمين مطلقا اخذ شمس الائمة السرخسي كما في الخانية وفي جامع الفصولين ولو هلكت بعد مضي مدة الاعارة ضمن في قولهم اذ امسكها بعد المضي بلا اذن فصار غاصبا انتهى قلت لكن يرد على اطلاق الفصولين التضمين في قولهم ما ذكره صاحب المحيط وشيخ الاسلام كما قدمناه (قوله فلا تؤجر ولا ترهن) اقول وسكت عن ايداعها واختلفوا فيه واكثرهم على انه يجوز وعليه الفتوى كما في التبيين (قوله او ضمن المستأجر الخ) اقول وسكت عما لو ضمن المرتهن فينظر حكمه (قوله ويعار ما لا يختلف استعماله ان عينه) اي منتفعا اقول هذا التقييد ليس باحترازي لقول الزيلعي وان كان لا يختلف بغير النفع كالسكنى والحمل جاز ان يفعل بنفسه وبغيره في أي وقت شاء لان التقييد بالانتفاع فيما لا يختلف لا يفيد اه الا ان يقال ان للوصل وان كان الاكثر استعمالها مقرونة بالواو وذكرت هنا على حد قوله تعالى فذكر ان نفعت الذكرى (اى)

(واطعمتك ارضي) لان الاطعام اذا اضيف الى ما لا يطعم كالارض يراد به اكل غلتها اطلاقا لاسم المحل على الحال (ومنحتك ثوبي هذا) او جاريتي هذه اذا لم يرد به الهبة فان المنح لتمليك العين عرفا وعند عدم ارادته يحمل على تمليك المنافع واصله ان يعطى ناقة وشاة ليشرب لبنها ثم ترد وكثر استعماله في تمليك العين فاذا اريد به الهبة افاد ملك العين والا بقي على اصل وضعه (وحملتك على دابتي هذه) اذا لم يرد به الهبة فان هذا اللفظ يستعمل عرفا في الهبة لما سبق من قولهم حمل الامير فلانا على الفرس ويراد به التمليك ومعناه لغة هو الاركاب وهو مستعمل فيه ايضا فاذا نوى احدهما صحت وان لم تكن له نية حمل على الادنى لئلا يلزم الاعلى بالشك اقول بهذا التقرير يندفع ما اعترض صاحب الكافي على الهداية بوجهين احدهما انه جعل في كتاب العارية هذين اللفظين يعني منحتك وحملتك حقيقة لتمليك العين ومجازا لتمليك المنفعة ثم ذكر في كتاب الهبة في بيان الفاظها وحملتك على هذه الدابة اذا نوى بالحملان الهبة وقال بان الحمل هو الاركاب حقيقة فيكون عارية لكنه يحتمل الهبة وثانيهما انهما اذا كانا لتمليك العين حقيقة والحقيقة يراد باللفظ بلا نية فعند عدم ارادة الهبة لا يحمل على تمليك المنفعة بل على الهبة اما اندفاع الاول فلانه اراد بجعل هذين اللفظين حقيقة لتمليك العين في العارية جعلهما حقيقة له عرفا فيكونان مجازين لتمليك المنفعة عرفا ضرورة واراد بجعله الحمل حقيقة الاركاب جعله حقيقة له لغة فيكون لتمليك العين مجازا لغة ضرورة فلا منافاة واما اندفاع الثاني فلان الحقيقة انما تراد باللفظ بلا قرينة اذا لم يعارضها مجاز مستعمل فان النية اذا انتفت كان المعنى العرفي واللغوي المستعمل مستويين في الارادة فيجب حمل اللفظ على الادنى لئلا يلزم الاعلى بالشك (واخدمتك عبدي) فانه اذن له في الاستخدام فيكون عارية (وداري لك سكنى وداري لك عمرى سكنى) فان لفظ سكنى محكم في ارادة النفع فتصرف اللام في قوله لك عن افادة الملك (ويرجع المعير متى شاء) لان المنافع تملك شيأ فشيأ بحسب حدوثها فما لم توجد لم تملك فصح الرجوع (ولا تضمن اذا هلكت) بلا تعد لانها امانة (ولا تؤجر) اي العارية (ولا ترهن) لان الاعارة دون الاجارة والرهن والشيء لا يتضمن ما فوقه (فان آجر او رهن المستعير فهلكت) العارية (ضمنه المعير) اي ضمن المعير المستعير لانها اذا لم يتناولها كان كل منهما غاصبا (ولا يرجع) اي المستعير (على احد) ان ظهر بالضمان انه اجر او رهن ملك نفسه (او ضمن المستأجر ويرجع) اي المستأجر (على المؤجر) دفعا لضرر الغرور عنه (ان لم يعلم انه عارية معه) وان علم فلا يرجع لانه لم يغره فصار كالمستأجر من الغاصب عالما بالغصب (وتعار) اي العارية (مطلقا) اي سواء اختلف استعماله اولا (وان لم يعين منتفعا) لانها لما كانت لتمليك المنافع جاز ان يعير لان المالك يملك التمليك كالمستأجر يملك ان يؤجر والموصى له بالخدمة يملك ان يعير (و) يعار (ما لا يختلف استعماله ان عينه)

اى منتفعا وفرع على قوله وتعار مطلقا بقوله (فمن استعار دابة مطلقا يحمل) عليها ماشاء (ويعيرله) اى للحمل (ويركب) بنفسه (ويركب) غيره (واياً فعل تعين وضمن بغيره) حتى لو ركب بنفسه ليس له ان يركب غيره اذا تعين ركوبه ولو اركب غيره ليس له ان يركب بنفسه حتى لو فعله ضمن (وان اطلق) اى المعير (الانتفاع فى الوقت والنوع انتفع ماشاء أى وقت شاء) لانه يتصرف فى ملك الغير فيملك التصرف على الوجه الذى أذن له فيه (وان قيد ضمن) اى المستعير (بالخلاف الى شر فقط) التقييد اما فى الوقت لا النوع او بالعكس او فيهما فان عمل على وفاق القيد فظاهر وان خالف الى شر يضمن والى مثل او خير لا (عارية الثمنين والمكيل والموزون والمعدود المتقارب قرض) لان الاعارة تمليك المنفعة ولا ينتفع بهذه الامور الا باستهلاك عينها ولا يملك استهلاكها الا اذا ملكها فاقتضت تمليك عينها ضرورة وذلك بالهبة او القرض والقرض ادناهما ضررا لكونه موجبا لرد المثل هذا (اذا لم يعين الجهة) اما اذا عينها كاستعارة الدراهم ليعير بها الميزان او يزين بها الدكان ونحو ذلك من الانتفاعات فتصير عارية امانة ليس له الانتفاع باهلاكها فكان نظير عارية الحلى والسيف المحلى وفرع على كونها قرضا بقوله (فتضمن بهلاكها قبل الانتفاع) كما هو حكم القرض (صح الاعارة) اى اعارة الارض (للبناء والغرس) لان منفعتها معلومة تملك بالاجارة فتملك بالاعارة (وله) اى للمعير (ان يرجع) لان الاعارة ليست بلازمة (ويكلف قلعهما) اى البناء والغرس لانه شاغل ارضه بملكه فيؤمر بالتفريغ الا اذا شاء ان يأخذهما بقيمتهما اذا استضرت الارض بالقلع فحينئذ يضمن له قيمتهما مقلوعين ويكونان له كيلا تتلف ارضه عليه ويستبد بذلك به لانه صاحب اصل واذا لم تستضر به لا يجوز الترك الا باتفاقهما ولا يشترط الاتفاق فى القلع بل ايهما طلبه اجيب (وضمن رب الارض مانقص البناء والغرس بالقلع (ان وقت) العارية لانه مغرور من جهته حيث وقت له والظاهر هو الوفاء بالعهد فيرجع عليه دفعا للضرر عن نفسه (وكره) اى الرجوع (قبله) اى قبل وقت معين لان فيه خلف الوعد (ولو اعار) اى ارضه (للزرع لا تؤخذ) اى الارض (حتى يحصد) اى الزرع اى حان له ان يحصد (مطلقا) اى سواء وقت اولا لان له نهاية معلومة وفى الترك مراعاة الحقين بخلاف الغرس اذ ليس له نهاية معلومة فيقلع دفعا للضرر من المالك (واذا كتب يكتب قد أطعمتنى ارضك لا أعرتنى) يعنى اذا أعار ارضا بيضاء ليزرعها يكتب المستعير انك اطعمتنى ارض كذا لازرعها عند ابى حنيفة وقالا يكتب انك أعرتنى لان الاعارة هى الموضوعة لهذا العقد والكتابة بالموضوع اولى وله ان لفظ الاطعام ادل على المراد من الاعارة لانه يختص بالزراعة واعارة الارض وتارة تكون للزراعة وتارة للبناء ونصب الفسطاط فكانت الكتابة بلفظ الاطعام اولى ليعلم ان غرضه الزراعة (صح التوكيل برد العارية والمغصوب) لانه التزم فعلا واجبا (ولو توكل به) اى بالرد

(قوله فمن استعار دابة مطلقا) اقول يعنى فى النفع والزمان وهذا نقله الزيلعى عن الكافى ثم قال فجمله يعنى صاحب الكافى كالاجارة فعلى هذا ينبغى ان يحمل هذا الاطلاق الذى ذكره هنا على ما لا يختلف بالمستعمل كاللبس والركوب والزراعة على ما اذا قال على ان اركب عليها من أشاء او البس الثوب من أشاء كما حمل الاطلاق الذى ذكره فى الاجارة على هذا اه (قوله وضمن رب الارض مانقص البناء والغرس بالقلع) اقول معنى قوله ضمن مانقص ان يقوم قائما غير مقلوع لان القلع غير مستحق عليه قبل الوقت كما فى التبيين وفى البرهان فاذا كانت قيمتهما وقت مضى المدة المضروبة عشرة دنانير مثلا وحين قلعهما ثمانية يرجع بدينارين كذا ذكره القدورى انتهى ثم لو اراد تملكهما فيما اذا وقت تملكهما بقيمتهما قائمين غير مقلوعين يعنى بكم يشتريان بشرط قيامهما الى المدة المضروبة لان القلع غير مستحق عليه قبل الوقت كذا ذكره الحاكم الشهيد الا ان يرفعهما المستعير ولا يضمنه قيمتهما فله ذلك لانهما ملكه وانما اوجبنا الضمان على المعير لدفع الضرر عنه فاذا رضى كان هو احق بملكه وقيل يتخير المعير ان نقصت الارض بالقلع نقصا عظيما اه كذا فى البرهان وفى الخانية جزم بالتملك اذا استضرت (قوله وفى الترك مراعاة الحقين) اقول ليس فى عبارته الا مراعاة حق المستعير اذ فى العبارة سقط هو ويترك باجر المثل لان فى الترك الخ كما هو مسطور فى كتب المذهب ونص فى البرهان على ان الترك بأجر استحسان ثم قال عن المبسوط ولم يبين فى الكتاب ان الارض تترك فى يد المستعير الى وقت ادراك الزرع بأجر او بغير أجر قالوا وينبغى ان تترك بأجر المثل كما لو انتهت مدة الاجارة والزرع بقل بعد اه

(لايجبر) الوكيل على النقل الى منزله بل يدفعه اليه حيث يجده لان الوكيل لم يضمن شيئا بل وعدان يتبرع على الآمر بخلاف الكفيل لانه ضمين (كالوكيل بقضاء الدين) فانه اذا امتنع عنه لايجبر عليه (ردالمستعير الدابة) مبتدأ خبره قوله الآتي تسليم (واو) وصلية (مع عبده) اى عبد المستعير (اواجيره مسانهة اومشاهرة) لامياومة (الى) متعلق بالرد (اصطبل مالكها) لانفس مالكها (اوالعبد) عطف على الدابة (الى دار مالكه) لانفسه (تسليم) حتى اذاهلكا لم يضمن استحسانا والقياس ان يضمن لانه لم يرد العارية على مالكها ولا على وكيل مالكها بل ضيعها وجه الاستحسان انه اتى بالتسليم المتعارف لانه رد العارية الى المربط اوالى دار المالك وهما في يد المالك حكما فكانه ردهما الى يد المالك (كردها مع عبد المعير مطلقا) اى سواء كان يقوم على دابته اولا هو الصحيح (اواجيره كامر) اى مشاهرة اومسانهة لان المالك راض به عادة (لوكان) المستعار (غير نفيس) يعني ان جواز رد المستعار الى يد غلام صاحبه اووضعه في داره اواصطبله انما يكون في الاشياء التي تكون في يد الغلام عادة وكذا غيره واما اذا لم يكن كذلك كعقد لؤلؤ ونحوه فاذارده المستعير الى غلام صاحبه اووضعه في داره اواصطبله يضمن لان العادة لم تجربه ولهذا لودفعه المودع الى غلامه يضمن (بخلاف الاجنبي) اى بخلاف ما اذاردها مع الاجنبي فانه يضمن (و) بخلاف (ردالوديعة والمغصوب الى دار المالك) فانه اذاردهما اليها ولم يسلمهما اليه ضمن اما الوديعة فلانها للحفظ ولم يرض بحفظ غيره والا لما اودعها عنده واما الغصب فلان الواجب عليه ابطال فعله وذلك بالرد الى المالك (العبد المأذون يملك الاعارة) كذا في الخلاصة (والمحجور اذا استعار واستهلكه يضمن بعد العتق) لان المعير سلطه على اتلافه وشرط عليه الضمان فصح تسليطه وبطل الشرط في حق المولى (ولواعار هذا المحجور مثله فاستهلكه ضمن الثاني للحال) لان المحجور يضمن باتلافه مالا (استعار ذهبا فقلد صبيا فسرق) اى الذهب منه (فان كان الصبي يضبط ماعليه لم يضمن) اى المستعير لانه لم يضيع اذ للمستعير ان يعير (والا يضمن) فانه ضيعه حيث وضعه عند من يعقل حفظه كذا في المحيط (وضعها) اى وضع المستعير العارية (بين يديه فنام فضاعت لم يضمن لو) كان نومه (جالسا) فان هذا حفظ عادة (وضمن اومضطجعا) لترك الحفظ (ليس للاب اعارة مال طفله) كذا في الخلاصة (واجرة الرد) اى رد العارية والوديعة والعين المستأجرة والمغصوب والرهن (على المستعير والمودع والمؤجر والغاصب والمرتهن) لان المنفعة حصلت لهم

كتاب الوديعة

لايخفى وجه المناسبة لكتاب العارية (هي) لغة مطلق الترك وشرعا (امانة تركت للحفظ وركنها الايجاب) من المودع (كاودعتك اومايتوب منابه قولا اوفعلا) فان من وضع ثوبه بين يدي رجل سواء قال هذا وديعة عندك اوسكت وذهب صاحب الثوب ثم غاب الآخر وترك الثوب ثمة فضاع صار ضامنا لان هذا ايداع عرفا صرح به قاضيخان (والقبول) عطف على الايجاب (حقيقة) بان يقول قبلت اواخذت

(قوله ردالمستعير الدابة الخ) وكذا الحكم في المستأجر كما في البرهان (قوله بخلاف الاجنبي فانه يضمن) اقول كذا في الكنز وقال الزيلعي وهذا يشهد لمن قال من المشايخ ان المستعير ليس له ان يودع وعلى المختار ان هذه المسئلة محمولة على ما اذا كانت العارية مؤقتة فمضت مدتها ثم بعثها مع الاجنبي لانه بامساكها بعد يضمن لتعديه فكذا اذا تركها في يد الاجنبي اه وفي البرهان وكذا ينبغي ان يبرأ لوردها مع اجنبي على المختار بناء على ما قال مشايخ العراق من ان المستعير يملك الايداع وعليه الفتوى لانه لما ملك الاعارة مع ان فيها ايداعا وتمليك المنافع فلان يملك الايداع وليس فيه تمليك المنافع اولى واول لوا قوله وان ردها مع اجنبي ضمن اذا هلكت بانها موضوعة فيما اذا كانت العارية مؤقتة وقد انتهت باستيفاء مدتها وحينئذ يصير المستعير مودعا والمودع لايملك الايداع بالاتفاق اه (قوله وضع المستعير العارية بين يديه فنام فضاعت لم يضمن الخ) اقول وهو شامل لما لوكانت دابة لما قال في الخانية استعار دابة فنام في المفازة ومقودها في يده فجاء انسان وقطع المقود وذهب بالدابة لايضمن المستعير لانه لم يترك الحفظ ولوان السارق مد المقود من يده وذهب بالدابة ولم يعلم به المستعير كان ضامنا لانه اذا نام على وجه يمكن مد المقود من يده وهو لايعلم يكون تضييعا قيل هذا اذا نام مضطجعا فان نام جالسا لايضمن على كل حال لانه لونام جالسا ولم يكن المقود في يده ولكن الدابة تكون بين يديه لايضمن فههنا اولى اه (قوله ليس للاب اعارة مال طفله) اقول والصبي المأذون اذا اعار ماله صحت الاعارة كما في الخانية

كتاب الوديعة

اوبحوذلك (اوعرفا) بان يسكت حين يضع الثوب ولوقال لااقبل الوديعة فوضع بين يديه وذهب فضاع الثوب لايضمن لانه صرح بالرد فلا يصير مودعا بلا قبول ذكره قاضيخان (وشرطها كون المال قابلا لاثبات اليد عليه) لان الايداع عقد استحفاظ وحفظ الشئ بدون اثبات اليد عليه محال فايداع الطير فى الهواء والعبد الآبق والمال الساقط فى البحر غير صحيح (وحكمها وجوب الحفظ على المودع وصيرورة المال امانة عنده) وفرع عليه بقوله (فلا يضمن) اى المودع (ان هلكت اوسرقت عنده) لقوله صلى الله عليه وسلم ليس على المستودع غير المغل ضمان والمغل الخائن والاغلال الخيانة (واو) وصلية (وحدها) اى لم يسرق معها مال المودع وقال مالك يضمن للتهمة والحجة عليه مانقلنا (الاان يموت) اى المودع (مجهلا) اى لم يبين حال الوديعة فانه حينئذ يكون متعديا فيضمن (كذا الامناء) اى كل امين مات مجهلا لحال الامانة يضمن (الامتوليا اخذ الغلة ومات مجهلا وسلطانا اودع بعض الغانمين بعض الغنيمة ومات مجهلا) اى بلا بيان المودع (وقاضيا اودع مال اليتيم ومات مجهلا) اى بلا بيان المودع كذا فى الخانية (ويحفظها بنفسه وعياله) اى زوجته وولده ووالديه واجيره (ويضمن) ان حفظ (بغيرهم) اواودعها غيرهم لان المالك رضى بحفظه ويده دون غيره فيضمن بالتسليم اليه (الااذا خاف حرقا اوغرقا فسلم الى جاره اوفلك آخر) اذ لايمكنه ان يحفظها فى هذه الحالة الابهذه الطريق فصار مأذونا فيه ولا يصدق عليه الاببينة لانه يدعى ضرورة تسقط الضمان بعد تحقق سببه فصار كما اذا ادعى الاذن فى الايداع (كذا) اى يضمن ايضا المودع (اذا طلب ربها) اى رب الوديعة (فمنع) اى المودع (قادرا على تسليمها) فانه اذا طالبه بالرد لم يكن راضيا بامساكه بعده فيكون متعديا بالمنع فيضمن (اوتعدى) اى المودع

(قوله وشرطها كون المال قابلا لاثبات اليد عليه) اقول فيه تسامح والمراد اثبات اليد بالفعل ولا يكفى قبول الاثبات كما اشار اليه بعد بقوله وحفظ شئ بدون اثبات اليد عليه محال (قوله وحكمها وجوب الحفظ الخ) اقول ووجوب الاداء عند الطلب الا كما لوكانت سيفا فاراد صاحبه الضرب به عدوانا كما سيأتى (قوله كذا الامناء الامتوليا الخ) اقول فالمستثنى ثلاثة كما ذكر وزاد العلامة المرحوم الشيخ زين فى الاشباه والنظائر عليها سبعة احد المتفاوضين اذا مات ولم يبين حال المال الذى فى يده والوصى اذا مات مجهلا والاب اذا مات مجهلا مال ابنه والوارث اذا مات مجهلا مااودع عند مورثه ومن مات مجهلا ماالقته الريح فى بيته ومن مات مجهلا ماوضعه مالكه فى بيته بغير علمه والصبى المحجور اذا مات مجهلا مااودع عنده ثم قال فصار المستثنى عشرة اه وزدت عليها ستة الجد ووصيه ووصى القاضى والمحجور لصغر ورق وجنون وغفلة ودين وسفه وعته وقد الحقتها بنظم ابن وهبان فى كتاب تيسير المقاصد وهو الذى لخصته من شرح ابن الشحنة رحمه الله تعالى قلت لكن القول ﴿ ٢٤٥ ﴾ بان الاب لايضمن ضعفه العمادى بقوله والاب اذا مات مجهلا يضمن وقيل لايضمن كالوصى اه (قوله او قاضيا اودع مال اليتيم ومات مجهلا) يشير الى انه يضمن لو وضع اموال اليتامى فى بيته ومات ولا يدرى اين المال وانه لم يبين لا ان يكون مودع فيضمن بموته مجهلا وبه صرح العمادى اه وذكر قاضيخان من ابن رستم لو مات القاضى ولم يبين ماعنده من مال اليتيم لايضمن (قوله كذا فى الخانية) اقول وذكره فى كتاب الوقف (قوله ويحفظها بنفسه وعياله) اقول مالم يكن المدفوع اليه متهما كما فى الخانية والمعتبر فيه المساكنة لا النفقة الا ترى ان المرأة لودفعت الى زوجها لا تضمن كما فى التبيين واختلف فيما لودفع الى من فى عيال صاحب الوديعة كما فى الخانية (قوله واجيره) يعنى الاجير مسانهة اومشاهرة كما فى البرهان وقيد الزيلعى الاجير مشاهرة بان تكون نفقته عليه انتهى واقول يتأمل فيه مع ماقدمه اعنى الزيلعى من ان المعتبر فيه المساكنة لا النفقة اه ومن محمد رحمه الله تعالى ان المودع اذا دفع الوديعة الى وكيله وليس فى عياله او الى امين من امنائه ممن يثق به فى ماله وليس فى عياله لا يضمن ذكره فى النهاية ثم قال وعليه الفتوى وعزاه الى التمرتاشى وهو الى الحلوانى ثم قال ومن هذا لم يشترط فى التحفة فى حفظ الوديعة بالعيال فقال ويلزم المودع حفظه اذا قبل الوديعة على الوجه الذى يحفظ به ماله وذكر فيه اشياء حتى ذكر ان له ان يحفظ بشريك العنان والمفاوضة وعبده المأذون له فى يده ماله ثم قال وبهذا يعلم ان العيال ليس بشرط فى حفظ الوديعة اه (قوله الا اذا خاف حرقا اوغرقا فسلم الى جاره اوفلك آخر) قالوا اذا لم يمكنه ان يدفعها الى من هو فى عياله وان امكنه ان يحفظها فى ذلك الوقت لعياله فدفعها الى الاجنبى يضمن لانه لاضرورة له فيه وكذا لو القاها فى سفينة اخرى فوقعت فى البحر ابتداء او بالتدحرج يضمن لان الاتلاف حصل بفعله كما فى التبيين (قوله كذا اى يضمن ايضا المودع اذا طلب ربها فمنع) اقول الا فى ثلاث مسائل نقلها فى الخانية فى الاشباه

وفسر التعدي بقوله (فلبس ثوبها اوركب دابتها اوانفق بعضها) فان المودع اذا انفق بعضها ضمن ما انفق منها ولم يضمن كلها (اوخلط مثله بما بقي) فانه اذا جاء بمثل ما انفق فخلطه بالباقي صار ضامنا بجميعها لانه صار مستهلكا الكل بالخلط كذا في الكافي (اوجحدها عنده) يعني اذا طلبها صاحبها فجحدها عنده (ثم اقر اولا) ضمن لان المالك عزله عن الحفظ حين طالبه بالرد فهو بالامساك بعده غاصب فيضمن فان عاد الى الاقرار لم يبرأ من الضمان لان العقد ارتفع فلا يعود الا بالتجديد ولم يجدد وانما قال عنده لانه لو انكر عند غيره بان قال اجنبي أعندك وديعة لفلان فقال لا لا يضمن لان الجحود عند غيبة المالك من الحفظ لانه يقطع به طمع الطامعين عنها فلا يضمن به (اوحفظ) اي الوديعة (في دار امر به) اي بحفظها (في غيرها) اي غير تلك الدار فيضمن لمخالفته امره (اوخلط بماله حتى لم يتميز) سواء خلطها بجنسه اوخلاف جنسه فان الخلط استهلاك عند ابي حنيفة مطلقا (وان اختلطت) اي الوديعة (به) اي بمال المودع بلا صنع منه كما اذا انشق الكيسان فاختلطا (اشتركا) ولا ضمان اذ لا تعدي منه وهذا اتفاق (وان ازال التعدي) يعني اذا تعدى المودع في الوديعة بان اودعها عند غيره ثم ازال التعدي فردها الى يده (زال الضمان) يعني ان الوديعة اذا ضاعت بعد العود الى يده لم يضمن خلافا للشافعي هذا الذي ذكر حكم الوديعة (واختلف في سائر الامانات) قال في العمادية لو استعار دابة الى مكان مسمى فجاوزها المستعير المكان المسمى ثم عاد اليه فهو ضامن الى ان يردها على المالك قيل هذا اذا استعارها ذاهبا لا جائيا اما اذا استعارها ذاهبا وجائيا يبرأ وهذا لقائل يسوي بين المودع والمستعير والمستأجر اذ خالفوا ثم عادوا الى الوفاق برؤا من الضمان اذا كانت مدة الابداع والاعارة باقية ومن المشايخ من قال في العارية لا يبرأ عن الضمان ما لم يردها على المالك سواء استعارها ذاهبا او ذاهبا وجائيا وهذا القائل يقول ان المستعير والمستأجر اذا خالفا ثم عادا الى الوفاق لا يبرآن من الضمان بخلاف المودع اذا خالف ثم عاد الى الوفاق حيث يبرأ والقول الاول اشبه واليه مال شيخ الاسلام خواهرزاده (وله) اي للمودع (السفر بها) اي بالوديعة وان كان لها حمل ومؤنة (ان أمن) اي الطريق بان لا يقصده احد غالبا وان قصده امكنه دفعه بنفسه وبرفقائه (ولم ينهه) اي المودع عن السفر فان لم يأمن او نهاه فضاعت ضمن (اودعاه) اي اودع رجلان رجلا (مثليا) يعني المكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة (لم يدفع) اي المودع (الى احدهما حصته بغيبة الآخر) ولو دفع ضمن وقالا يدفع ولا يضمن قيل الخلاف في المثليات والقيميات معا والصحيح انه في المثليات فقط ولذا قال (كما في القيمي اودعهما ما يقسم اقتسماه وحفظ كل نصفه) وان كان مما لا يقسم جاز ان يحفظ احدهما باذن الآخر وذلك لانه رضي بحفظهما ولم يرض بحفظ احدهما كله فان الفعل كالحفظ متى اضيف الى اثنين فيما يقبل التجزي يتناول البعض دون الكل فيقع التسليم الى الآخر بلا رضا المالك (وضمن دافع كله لا قابضه) لان مودع المودع لا يضمن عنده (بخلاف ما لا يقسم) فان دافع كله

(لا يضمن)

(قوله او جحدها عنده) اقول بان قال لم تودعني اما لو قال ليس له علي شيء ثم ادعى ردا او تلفا صدق كما في جامع الفصولين وحكى في جحود العقار خلافا (قوله يعني اذا طلبها صاحبها فجحدها عنده ثم اقر اولا ضمن) اقول وفي الخانية لو سأله صاحبها او اجنبي عن حالها عنده فجحد قال شمس الائمة يضمن عندز فر خلافا لابي يوسف وذكر الناطفي ان الجحود بحضرة صاحبها يكون غصبا للوديعة فيضمن ان نقلها من موضع كانت فيه حالة الجحود واذا لم ينقلها عنه لا يضمن اه وفي جامع الفصولين جحدها او العارية فيما يحول من مكانه ضمن ولو لم يحول اه (قوله اشتركا) اقول وتكون شركة املاك كما في التبيين (قوله وهذا القائل يقول ان المستعير والمستأجر اذا خالفا ثم عادا الى الوفاق لا يبرآن من الضمان الخ) اقول في العمادية قال الاستروشني ان المستأجر والمستعير اذا خالفا ثم عادا الى الوفاق لا يبرآن من الضمان على ما عليه الفتوى (قوله فان لم يأمن او نهاه فضاعت ضمن) اقول ومحل ضمانه فيما اذا لم يأمن الطريق ما اذا كان له بد من السفر وان لم يكن له منه بد بان سافر مع اهله لا يضمن وكذا لو نهاه عن الخروج بها من المصر فخرج يضمن ان كان له منه بد والا فلا كما في التبيين

لايضمن لانه لما اودعهما مع علمه بامتناع اجتماعهما عليه ليلا اونهارا وامكنهما المهايأة كان راضيا بدفع الكل الى احدهما فى بعض الاحوال (كذا المرتهنان والوكيلان بالشراء اذا سلم احدهما الى الآخر مايقسم) حيث يضمن بخلاف مالا يقسم (نهى عن الدفع الى عياله فدفع الى من له بد) اى انفكاك (منه) مع انه من عياله (ضمن و) دفع (الى من لابدله منه كدفع الدابة الى عبده وما يحفظه النساء الى عرسه لا) اى لا يضمن يعنى اودع رجلا وديعة وقال لاتدفعها الى امرأتك وعبدك وامتك وولدك واجيرك وهم فى عياله فان دفعها الى واحد منهم فهلكت فان كان يجد بدا من الدفع اليه بان كان له سواه اهل وخدم فهو ضامن والا لم يضمن لان هذا الشرط مفيد فقد يأمن الانسان الرجل على المال ولا يأتمن عياله لكن انما يلزمه مراعاة شرطه بقدر الامكان فان كان يجد بدا من الدفع الى من نهى عنه وهو متمكن من حفظها على الوجه المامور به فيضمن بحفظها على الوجه المنهى عنه وان كان لا يجد بدا منه لم يضمن اذ لا يمكنه الحفظ الا به فلم يمكن العمل به مع مراعاة هذا الشرط فلم يعتبر التقييد فبطل فصار كأنه قال لا تحفظ فصار مناقضا لاصله وهذا كما اذا اودع دابة وقال لاتدفعها الى غلامك اونهاه عن الدفع الى امرأته والوديعة شئ يحفظ على يد النساء والرجل ممن لا يجد بدا منها فهذا الشرط يناقض اصله فصار باطلا (كما او امر بحفظها فى بيت معين من دار او صندوق معين فيه) اى البيت (فحفظ فى) بيت (آخر منها) اى من تلك الدار (او) صندوق (آخر منه) اى من ذلك البيت فانه حينئذ لم يضمن (بخلاف الدارين) الاصل ان الشرط انما يصح اذا كان مفيدا والعمل به ممكنا والنهى عن الوضع فى دار اخرى مفيد لان الدارين يختلفان فى الامن والحفظ فصح الشرط وامكن العمل به واما البيتان فى دار واحدة فقلما يختلفان فى الحرز فالمتمكن من الاخذ من احدهما يتمكن من الاخذ من الآخر فصار الشرط غير مفيد وتعذر العمل به ايضا فلا يعتبر وكذا الصندوقان فان تعين الصندوق فى هذه الصورة لا يفيد فان الصندوقين فى بيت واحد لا يتفاوتان ظاهرا (الا ان يكون لهما) اى للبيت والصندوق (خلل ظاهر) فحينئذ يفيد الشرط ويضمن بالخلاف (اودع المودع فهلكت ضمن) المودع المودع (الاول فقط) وقالا يضمن ايهما شاء فان ضمن الآخر رجع على الاول (ولو اودع الغاصب ضمن المالك اياشاء) من الغاصب والمودع اما الغاصب فظاهر واما مودعه فلقبضه منه بلا رضا مالكه ثم انه ان لم يعلم انه غاصب رجع على الغاصب قولا واحدا وان علم فكذلك فى الظاهر وحكى ابو اليسر انه لا يرجع واليه اشار شمس الائمة كذا فى النهاية (كما فى الغاصب وغاصبه والغاصب والمشترى منه) فان غاصبه والمشترى منه صار امثله بالتلقى منه ابتداء لعدم اذن المالك فكذا بقاء (معه الف ادعى رجلان كل منهما انه له اودعه اياه فنكل لهما فهو) اى الف (لهما وعليه الف اخر بينهما) لان دعوى كل منهما صحت فتوجهت اليمين لهما وانما يحلف لكل منهما بانفراده لان كلا منهما ادعاه بانفراده والمسئلة على اربعة اوجه لانه اما ان يحلف لهما او يحلف للاول وينكل للثانى او بالعكس او ينكل لهما فان حلف

(قوله وله السفر بها) اقول قد تقدم فى الاجارة للمودع ان يسافر بالوديعة فى البر لا البحر اه فيحمل الاطلاق هنا على ما قيد ثم (قوله بخلاف الدارين) اقول هذا مستغنى عنه بقوله قبله او حفظ فى دار امر به فى غيرها والله الموفق

لكل منهما فلاشئ لهما وان حلف للاول ونكل للثانى فالالف له بذله اوباقراره وان عكس فالالف للاول ولاشئ للثانى وان نكل للثانى ايضا فالالف بينهما لانه اوجب الحق لكل منهما عليه بذله اواقراره وعليه الف آخر بينهما لان نكوله اوجب لكل منهما كل الالف كانه ليس معه غيره فاذصرفه اليهما فقد صرف نصف نصيب هذا الى ذاك ونصف نصيب ذاك الى هذا فيغرم ذلك (اودع حر عبدا محجورا فاودع المحجور محجورا (مثله وضاع) المودع (ضمن الاول) لانه سلطه على اتلافه وشرط عليه الضمان فصح التسليط وبطل الشرط فى حق المولى (فقط) اى لايضمن الثانى لان مودع المودع لايضمن عند ابى حنيفة اذالم يجن (بعد العتق) رعاية لحق المولى) ولو ضاع المودع (عند ثالث) يعنى اذا اودع المحجور الثانى عند المحجور الثالث فهلك عند الثالث (فلا ضمان عليه) وان اعتق لانه مودع المودع وهو غير ضامن عند ابى حنيفة (وغرم الاول بعد عتقه) لما مر من قوله لانه سلطه الخ (وغرم الثانى فى الحال) لانه استهلكه بدفعه الى الثالث ومودع المودع يضمن عنده اذا جنى

كتاب الرهن

مناسبته لكتاب الوديعة ان عين الرهن امانة فى يد المرتهن كما سيأتى فيكون كالوديعة (هو) لغة الحبس مطلقا وشرعا (حبس المال) احتراز عن رهن الحر والمدبر والخمر ونحوها (بحق يمكن اخذه) اى الحق (منه) اى من المال (وهو) اى ذلك الحق (الدين حقيقة) وهو دين واجب ظاهرا وباطنا اوظاهرا فقط فانه يصح بثمن عبد وثمن خل وذبيحة وبدل صلح عن انكار وان استحق اووجد حرا اوخمرا اوميتة اوتصادقا ان لادين لان لدين وجب ظاهرا وهو كاف لانه آكد من دين موعود كما سيأتى (اوحكما) كالاعيان المضمونة بالمثل اوالقيمة والقوم يسمونها الاعيان المضمونة بنفسها وسيأتى تحقيق وجه التسمية ان شاء الله تعالى (ينعقد) حال كونه (غير لازم) لانه تبرع كالهبة والصدقة (بايجاب وقبول) كما فى الهبة فللراهن تسليمه والرجوع عنه) تفريع على قوله غير لازم (فاذا سلم) اى الراهن الرهن (وقبض) من قبل المرتهن (محوزا) اى مجموعا احترازا عن رهن الثمر على الشجر ورهن الزرع فى الارض لان المرتهن لم يحزه (مفرغا) اى عن ملك الراهن وهو احتراز عن عكسه وهو رهن الشجر دون الثمر ورهن الارض دون الزرع ورهن دار فيها متاع الراهن (متميزا) احتراز عن رهن المشاع كرهن نصف العبد اوالدار كذا فى غاية البيان وهذه المعانى هى المناسبة لهذه الالفاظ لا ما قيل ان الاول احتراز عن رهن المشاع والثالث عن رهن ثمر على شجر دون الشجر كما لايخفى على اهل النظر (لزم) اى الرهن هو جزاء لقوله فاذا سلم (والتخلية فيه) اى رفع المانع من القبض فى زمان يمكن فيه (قبض) اى فى حكم قبض المرتهن حتى اذا وجدت من الراهن بحضرة المرتهن ولم يأخذه فضاع ضمن المرتهن فلا وجه لما قال الزيلعى بناء على ظاهر المعنى اللغوى ان الصواب ان التخلية تسليم لانه عبارة عن رفع

كتاب الرهن

(قوله وشرعا حبس المال احترازعن رهن الحر والمدبر والخمر ونحوها) اقول فيه تسامح لان المدبر مال ولكن لايمكن الاستيفاء منه فلايناسب ان يكون مخرجا بقوله حبس مال بل بقوله بحق يمكن اخذه منه واما الخمر فهو مال ايضا ويمكن الاستيفاء منه بتوكيل ذمى ببيعه او بنفسه ان كان المرتهن والراهن من اهل الذمة (قوله محوزا مفرغا متميزا) هذه الاحوال اما متداخلة اومترادفة ذكره العينى

المانع من القبض وهو فعل المسلم دون المتسلم والقبض فعل المتسلم (كالبيع) اى كان التخلية فيه ايضا قبضا اعترض على القوم بان التخلية ينبغى ان لا تكفى فى قبض الرهن اذ القبض منصوص فى الرهن بخلاف البيع حتى استدلوا على شرطية القبض فى الرهن بقوله تعالى فرهان مقبوضة والاصل ان المنصوص يراعى وجوده على اكمل الجهات اقول المنصوص انما يراعى وجوده على اكمل الجهات اذا نص عليه بالاستقلال واما اذا ذكر تبعا للمنصوص فلا يجب ان يراعى وجوده كما ذكر فان التراضى فى البيع منصوص عليه بقوله تعالى الا ان تكون تجارة عن تراض منكم فلو صح ما قال المعترض لبطل بيع المكره ولم يفسد وليس كذلك كما سيأتى (ولو هلك) اى الرهن اعلم ان الرهن امانة محضة عند الشافعى حتى لو هلك لم يجعله مضمونا وعندنا امانة لكن يد المرتهن يد استيفاء ويقرر بالهلاك لان الاستيفاء يحصل من المالية دون العين ثم الاستيفاء بالعين كما ذهب اليه يكون استبدالا والمرتهن مستوف لا مستبدل وانما يحصل الاستيفاء بجنس الحق و المجانسة بين الاموال باعتبار صفة المالية دون العين فكان هو امينا فى العين كالكيس فى حقيقة الاستيفاء ولهذا كان نفقة الرهن على الراهن فى حياته وكفنه بعد مماته وهذا معنى قوله صلى الله عليه وسلم عليه غرمه فاذا هلك الرهن (ضمن) اى المرتهن (بالاقل يجب) تعريفه باللام لئلا يتوهم كون من فى قوله (من قيمة ومن الدين) تفضيلية وليس كذلك بل بيانية والمعنى بالاقل الذى هو من هذين المذكورين ايهما كان وقد وقع فى نسخ الوقاية منكرا (ولو استويا) اى الدين وقيمة الرهن (سقط دينه) اى صار المرتهن مستوفيا لدينه (ولو) كانت (قيمة) اى الرهن (اكثر) من الدين (فالفضل امانة) لان المضمون بقدر ما يقع به الاستيفاء وهو بقدر الدين (ولو) كانت (اقل) منه (سقط) من الدين (قدره ورجع المرتهن بالفضل) مثلا اذا رهن ثوبا قيمته عشرة بعشرة فهلك عند المرتهن سقط دينه فان كانت قيمة الثوب خمسة رجع المرتهن على الراهن بخمسة اخرى وان كانت خمسة عشر فالفضل امانة (و ضمن) اى المرتهن (بدعوى الهلاك بلا بينة) يعنى اذا ادعى المرتهن هلاك الرهن ضمن ان لم يقم البينة عليه (مطلقا) اى سواء كان من الاموال الظاهرة كالحيوان والعبيد و العقار او من الاموال الباطنة كالنقدين والحلى والعروض وقال مالك يضمن فى الاحوال الباطنة فقط (له) اى المرتهن (طلب دينه من راهنه لان الرهن لا يسقط طلب الدين (و) له (حبسه به) اى الراهن بالدين وان كان الرهن فى يده لان حقه باق بعد الرهن والحبس جزاء الظلم فاذا ظهر مطله عند القاضى يحبسه دفعا للظلم (و) له ايضا حبس (رهنه بعد الفسخ حتى يقبض دينه او يبرئه) لان الرهن لا يبطل بمجرد الفسخ

(قوله بالاقل يجب تعريفه) اقول ولذا قال فى النهاية وفى بعض نسخ القدورى باقل بدون الالف واللام وهو خطأ واعتبر هذا بقول الرجل مررت باعلم من زيد وعمرو يكون الاعلم غيرهما ولو كان بالاعلم من زيد وعمرو يكون واحدا منهما فكلمة من للتميز اه وقال فى الموصل شرح المفصل ان من هذه ليست من التفضيلية التى لا تجامع اللام وانما هى من التنبيه فى قولك انت الافضل من قريش كما تقول انت من قريش ونحوه قول الفقهاء الرهن مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين اه كذا فى مجمع الروايات شرح القدورى (قوله يعنى اذا ادعى المرتهن هلاك الرهن ضمن) يعنى الرهن بالاقل من قيمة ومن الدين كما تقدم (قوله ان لم يقم البينة عليه) جعله شرطا للزوم الضمان يوهم بمفهومه انتفاء الضمان باقامة البينة وليس مرادا وربما اوهمت عبارته ان المرتهن لا يقبل منه دعوى الهلاك بلا بينة وليس مرادا اذ لا فرق عندنا بين ثبوت الهلاك بالبينة وبين ثبوته بقوله مع يمينه ويكون الرهن فى الصورتين مضمونا بالاقل من قيمته ومن الدين وقول محشى الدرر السلامى الوانى رحمه الله الظاهر ان كلمة ان هنا وصلية ليس بظاهر وعلى تسليمه يحتاج لتأويل كون ان وصلية وكون الضمان ليس الا ضمان الرهن لا مطلق الضمان وكذا وقع الايهام فى عبارة ابن الملك شارح المجمع حيث قال يعنى اذا ادعى المرتهن هلاك الرهن ولم يقم البينة عليه ضمنه عندنا اه وليس المراد ظاهره ومتن المجمع وشرحه لمصنفه لا ايهام فيه وقد اوضح الحكم وازال الايهام فى الحقائق شرح منظومة النسفى حيث قال فى باب الامام مالك رحمه الله وقيمة الرهن على المرتهن اذا ادعى الهلاك ولم يبرهن ادعى المرتهن هلاك الرهن (درر ٣٢ ى) ولا بينة له يضمن قيمته بالغة ما بلغت عنده اى الامام مالك رحمه الله بناء على ان المودع لو ادعى هلاك الوديعة ولم يقل هلكت معه شئ آخر لى لا يصدق عنده وعندنا يصدق و يسقط الدين بقدره والباقى لا ضمان عليه اه وقد ذكرت هذا فى ضمن رسالة مسماة بغاية المطلب فى الرهن اذا ذهب

بل يرده على الراهن بطريق الفسخ فانه يبقى مضمونا مابقى القبض والدين (لا الانتفاع
به) اى بالرهن عطف على قوله له طلب دينه (مطلقا) اى بالاستخدام ولا سكنى ولا
لبس ولا اجارة ولا اعارة سواء كان من المرتهن او الراهن (الا بالاذن) اى اذن الراهن
ان كان المنتفع المرتهن او اذن المرتهن ان كان المنتفع الراهن (فلو نمل) اى انتفع
بالرهن قبل الاذن (تعدى ولم يبطل) اى الرهن (به) اى بالتعدى (واذا طلب) اى
المرتهن (دينه ولو فى غير بلد العقد امر باحضار الرهن) لان قبضه قبض استيفاء فلا
وجه لقبض ماله مع قيام يد الاستيفاء لانه لولاه لاحتمل ان هلك فى يد المرتهن تكرر
الاستيفاء (ان لم يكن لحمله مؤنة) متعلق بقوله ولو فى غير بلد العقد فان الاماكن كلها
فى حق التسليم كمكان واحد فيما ليس لحمله مؤنة (فان احضره) اى المرتهن الرهن
(سلم الراهن الدين ثم المرتهن الرهن) ليتعين حق المرتهن كما تعين حق الراهن بحضور
الرهن تحقيقا للتسوية كما فى البيع والثمن يحضر المبيع ثم يسلم الثمن (وان كانت) اى لحمله
مؤنة (سلم) اى الراهن (الدين بلا احضار الرهن) اى لا يكلف المرتهن احضار
الرهن لان الواجب عليه التسليم بمعنى التخلية لا النقل من مكان الى مكان ولكن للراهن
ان يحلفه بالله ما هلك كذا فى الكافى (مرتهن طلب دينه لا يكلف) اى المرتهن (احضار
رهن وضع عند عدل بامر الراهن) لكونه فى يد الغير بامر الراهن (ولا) يكلف ايضا
المرتهن احضار (ثمن رهن باعه المرتهن بامره) اى الراهن (حتى يقبضه) لانه صار
دينا بالامر ببيع الرهن فصار كان الراهن رهنه وهو دين واذا قبضه يكلف احضاره
لقيام البدل مقام المبدل (ولا) يكلف ايضا (مرتهن معه رهن تمكينه) اى تمكين الراهن
(من بيعه) اى الرهن (ليقضى دينه) يعنى لو اراد الراهن ان يبيع الرهن ليقضى
الدين بثمنه لا يجب على المرتهن ان يمكنه من البيع لان حكم الرهن الحبس الدائم الى ان
يقضى الدين فكيف يصح القضاء من ثمنه (ولا) يكلف ايضا (من قضى بعض
دينه تسليم بعض رهنه حتى يقبض البقية) من الدين لان له حبس كل الرهن حتى
يستوفى البقية كما فى حبس المبيع (ويحفظه بنفسه وعياله) كزوجته وولده وخادمه
واجيره مشاهرة او مسانهة يسكنون معه فان العبرة بالمساكنة لا النفقة حتى ان
المرأة لو دفعته الى زوجها لا تضمن ذكره الزيلعى (وضمن بحفظه بغيرهم) لانه
ترك الحفظ الواجب (وتعديه) اى صريحا (وايداعه) لما تقرر ان عينه امانة
(وبجعل خاتم الرهن فى خنصره اليمنى او اليسرى) لانه استعمال وجعله فى اصبع
آخر حفظ (وتقلد بسيفى الرهن) لانه ايضا استعمال (لا الثلاثة) فانه حفظ فان
الشجعان يتقلدون فى العادة بسيفين لا الثلاثة والضمان فى هذه الصور ضمان
الغصب بجميع القيمة لان الزيادة على مقدار الدين امانة ايضا والامانات تضمن
بالاتلاف (وفى لبس خاتمه) اى خاتم الرهن (فوق آخر يرجع الى العادة) فان
كان ممن يتجمل بلبس خاتمين ضمن والا كان حافظا فلا يضمن (وعليه) اى المرتهن
(مؤن حفظه) كاجرة بيت الحفظ واجر الحافظ فان تمامه على المرتهن وان كان

(قوله فانه يبقى مضمونا مابقى القبض والدين) كذا لو بقى القبض بعد الفسخ وفاء الدين فيسترد منه ما ادى اليه بخلاف ما لو ابرأه من الدين فلا ضمان لعدم استيفاء شئ من الدين كما سيذكره المصنف رحمه الله (قوله ولا يكلف تمكينه من بيعه) يعنى لا يكلف تسليم الرهن ليباع بالدين لان عقد البيع لا قدرة للمرتهن على المنع منه (قوله فكيف يصح القضاء من ثمنه) ثم يصح عما اذا باعه وتسلم الثمن بحضرة المرتهن فأوفاه منه لان حكم الرهن حبسه الى قضاء الدين ولو من ثمنه (قوله وجعل خاتم الرهن فى خنصره اليمنى او اليسرى الخ) اقول وهذا فيما لو كان المرتهن رجلا اما لو كان امرأة فانه يضمن ولو لبسه فى غير الخنصر لان النساء يلبس كذلك فيكون من باب الاستعمال كما فى التبيين (قوله وتقلد بسيفى الرهن) اقول ظاهره الضمان مطلقا كما فى التبيين وقال قاضيخان وفى السيفين يضمن اذا كان المرتهن يتقلد بسيفين لانه استعمال اه فلم يعتبر العادة الشجعان بل نظر الى حال المرتهن على ان المصنف نظر الى حال المرتهن فى لبس الخاتم فوق آخر (قوله وفى لبس خاتمه فوق آخر يرجع الى العادة الخ) اقول وكذا لو رهنه خاتمين فلبس خاتما فوق خاتم كما فى التبيين

(قيمة)

قوله الا ان يأمر به القاضى) اقول ظاهره انه بمجرد الامر يكون ما انفقه دينا يرجع به ولا بد من التصريح بجعله دينا عليه كما فى الملتقط وعن ابى حنيفة انه لا يرجع عليه اذا كان صاحبه حاضرا وان كان بأمر القاضى كما فى التبيين وقال الصغناقى فبمجرد امر القاضى لا يرجع عليه ما لم يجعله دينا عليه على ما هو المذكور فى الذخيرة ثم قال قال شمس الائمة وهكذا نقول فى كتاب اللقط واكثر مشايخنا على هذا انه لا بد من التنصيص على ان يكون ذلك دينا على الراهن اما بمجرد الامر بالانفاق فلا يصير دينا اه والله اعلم

(باب ما يصح رهنه والرهن به او لا)

(قوله والفضل للراهن) اقول يعنى عليه اى لا يضمنه المرتهن لكونه امانة (قوله لا يصح رهن مشاع) اقول نفى الصحة يحتمل ان يكون للفساد او للبطلان ولم يتعرض لكونه فاسدا او باطلا وقد اشار اليه فى الذخيرة والمغنى دليل على انه فاسد لا باطل فالمقبوض بحكم الرهن الفاسد يتعلق به الضمان وهو الصحيح والمقبوض بحكم الرهن الباطل لا يتعلق به الضمان اصلا لان الباطل من الرهن ما لا يكون منعقدا اصلا كالباطل فى البيع والفاسد منه ما يكون منعقدا لكن بوصف الفساد كالفاسد من البيوع وشرط انعقاد الرهن ان يكون مالا والمقابل به يكون مالا مضمونا وذكر شرط جواز الرهن ثم قال فنقول فى كل موضع كان الرهن مالا والمقابل مضمونا الا انه فقد بعض شرائط الجواز ينعقد الرهن لوجود شرط الانعقاد لكن بصفة الفساد لانعدام شرط الجواز وفى كل موضع لم يكن الرهن مالا او لم يكن المقابل به مضمونا لا ينعقد الرهن اصلا كذا فى النهاية للصغناقى (قوله هو الصحيح) راجع الى قوله والطارئ وذكر التصحيح فى النهاية ايضا (قوله او نخلها دونها) اى دون الارض ليس المراد جميع الارض بل قدر موضع الشجر لما قال الزيلعى اما لو رهن النخيل بمواضعها جاز ولا يمنع الصحة مجاورة ما ليس برهن (قوله كذا العكس الخ) يعنى بأن نص على عدم رهن النخل اما لو رهن الارض وسكت عن النخيل والثمر والزرع والرطبة والبناء والغرس بيا يكون ذلك رهنا تبعا لاتصاله كما فى التبيين

قيمة الرهن اكثر من الدين لان وجوبه بسبب الحبس وحق الحبس فى الكل ثابت (واما مؤن رده او رد جزء منه الى يده فتنقسم الى المضمون والامانة) يعنى ان مؤنة رده الى المرتهن ان كان خرج من يده كجعل الآبق على المرتهن ان كان قيمة الرهن مثل الدين وكذا مؤنة رد جزء منه الى يد المرتهن كمداواة الجروح ان كان قيمته مثل الدين اما اذا كانت اكثر منه فتنقسم على المضمون والامانة فالمضمون على المرتهن والامانة على الراهن وكذا مداواة القروح ومعالجة الامراض والفداء من الجناية (وعلى الراهن خراج الرهن ومؤنة تبقيته واصلاح منافعه) كنفقة الرهن وكسوته واجر راعيه وظئر ولد الرهن وسقى البستان والقيام بأموره فالحاصل ان ما يرجع الى بقائه فهو على الراهن سواء كان فى الرهن فضل او لا لان العين بقيت على ملكه وكذا منافعه مملوكة له وما يرجع الى حفظه فهو على المرتهن اما خاصة او بالتقسيم كما مر (وكل ما وجب على احدهما) من الراهن والمرتهن (فاداه الآخر كان متبرعا) لانه قضى دين غيره بغير امره (الا ان يأمر به القاضى) لان له ولاية عامة فكان صاحبه امر به

باب ما يصح رهنه والرهن به او لا

(صح رهن الحجرين) يعنى الذهب والفضة (والمكيل والموزون) لكونها محل الاستيفاء (فلو رهنت) المذكورات (بخلاف جنسها) فهلكت (هلكت بقيمتها) كسائر الاموال وهو ظاهر (ولو) رهنتها (بجنسها) فهلكت (هلكت بمثلها من الدين) وتعتبر المماثلة فى القدر وهو الوزن او الكيل (بلا عبرة للجودة و) لا (للقيمة) فان الدين اذا كان وزنيا والرهن ايضا كذلك فهلك فان تساويا سقط الدين وان كان الدين زائدا سقط قدر الرهن منه وبقى الزائد فى ذمة الراهن وان عكس سقط قدر الدين منه والفضل للراهن (لا) اى لا يصح (رهن مشاع) لان حكم الرهن كما عرف ثبوت يد الاستيفاء وهو لا يتصور فى المشاع من حيث انه مشاع (مطلقا) اى سواء كان مما يحتمل القسمة او لا وسواء رهن من شريكه او من اجنبي والطارئ كالمقارن هو الصحيح كذا فى الخلاصة (وثمر على شجر دونه) اى دون الشجر (وزرع ارض او نخلها دونها) اى دون الارض لان المرهون متصل بما ليس بمرهون خلقة فكان فى معنى المشاع (كذا العكس) وهو رهن الشجر لا الثمر ورهن الارض لا النخل او الزرع لان الاتصال يقوم بالطرفين فالاصل ان المرهون اذا كان متصلا بما ليس بمرهون لا يجوز لامتناع قبض المرهون وحده (ولا) يصح ايضا (رهن حر ومدبر ومكاتب وام ولد ووقف وخمر) لان حكم الرهن ثبوت يد الاستيفاء ولا يثبت الاستيفاء منها لعدم المالية فى الحر وعدم جواز بيع ما سواه (ولا يصح ارتهانها من مسلم او ذمى) واللام فى (للمسلم) متعلق بقوله رهن حر

او ارتهانها اى لا يجوز للمسلم ان يرهن خمرا او امثاله او يرتهنها من مسلم او ذمى لتعذر الايفاء والاستيفاء فى حق المسلم (ولا يضمن له) اى للمسلم (مرتهنها الذمى) يعنى ان كان المرتهن ذميا لم يضمنها للمسلم كما لم يضمنها بالغصب منه لانها ليست بمال فى حق المسلم (وفى عكسه الضمان) يعنى اذا كان الراهن ذميا والمرتهن مسلم فيضمن الخمر للذمى كما اذا غصب لانها مال للذمى (ولا) يصح ايضا (بأمانات) كالوديعة والعارية ومال المضاربة والشركة لان موجب الرهن ثبوت يد الاستيفاء للمرتهن فكان قبض الرهن مضمونا فلا بد من ضمان ثابت ليقع القبض مضمونا ويثبت استيفاء الدين منه وقبض الامانات ليس بمضمون ليصح الرهن بها (ومبيع فى يد البائع) لما عرفت ان الرهن يجب ان يكون فى مقابلة الدين حقيقة او حكما والمبيع فى يد البائع ليس بدين حقيقة وهو ظاهر ولا حكما لانه يجب ان يكون مضمونا بالمثل او القيمة والمبيع فى يده ليس كذلك بل اذا هلك سقط الثمن وهو حق البائع وليس فيه ضمان والقوم يسمونه بالعين المضمونة بغيرها وسيأتى تحقيقه ان شاء الله تعالى (ودرك) تفسير الرهن بالدرك ان يبيع رجل سلعة وقبض ثمنها وسلمها وخاف المشترى الاستحقاق واخذ بالثمن من البائع رهنا قبل الدرك فانه باطل حتى لا يملك حبس الرهن حل الدرك ولم يحل فاذا هلك الرهن كان امانة عنده حل الدرك اولا اذ لا عقد حيث وقع باطلا كذا فى الكافى (واجرة نائحة ومغنية وثمن حر) حتى لو هلك الرهن لم يكن مضمونا اذ بمقابلته شئ مضمون (وكفالة بالنفس) لتعذر الاستيفاء (وشفعة) لان المبيع غير مضمون على المشترى (وعبد جان او مديون) لانه غير مضمون على المولى فانه لو هلك لا يجب عليه شئ (وقصاص مطلقا) اى فى النفس وما دونها لتعذر الاستيفاء (بخلاف الجناية خطأ) لان استيفاء الارش من الرهن ممكن (ويصح بعين مضمونة بالمثل او القيمة) كالمغصوب وبدل الخلع والمهر وبدل الصلح عن دم عمد اعلم ان الاعيان ثلاثة اقسام احدها عين غير مضمونة اصلا كالامانات فان الضمان عبارة عن رد مثل الهالك ان كان مثليا او قيمته ان كان قيميا فالامانة ان هلكت بلا تعد فلا شئ فى مقابلتها او بتعد فلا تبقى امانة بل تكون غصبا وثانيها عين مضمونة بنفسها كالمغصوب ونحوه والقوم يسمونها الاعيان المضمونة بنفسها ويدون الاعيان المضمونة فى حد ذاتها ووجهه ان الضمان كما عرفت عبارة عن رد مثل الهالك او قيمته فالشئ اذا كان مثليا او قيميا يكون بحيث لو هلك تعين المثل او القيمة فتكون مضمونة فى حد ذاتها مع قطع النظر عن العوارض وثالثها عين ليست بمضمونة ولكنها تشبه المضمونة كمبيع فى يد البائع فانه اذا هلك لم يضمن احد بمثله او قيمته لكن الثمن يسقط عن ذمة المشترى وهو غير المثل والقيمة فبمجرد هذا الاعتبار سموه بالعين المضمونة بغيرها فكأنه من قبيل المشاكلة (و) يصح (بدين) كما هو الاصل وهو توطئة لقوله (ولو موعودا فهلك فى يد المرتهن عليه) اى على المرتهن (بما وعد من الدين) يعنى ان رهن ليقرضه الف درهم وهلك الرهن فى يد المرتهن فهلكه على المرتهن بمقابلة الالف الموعود فيجب عليه تسليم الالف

(قوله ولا يضمن له مرتهنها الذمى خص ارجاع الضمير بالخمر فقات علم حكم باقى المذكورات معها (قوله لان المبيع غير مضمون على المشترى) يعنى للشفيع فلا مطالبة له على المشترى بعد هلاكه (قوله فيهلك فى يد المرتهن عليه بما وعد من الدين) اى ان بين قدره واما اذا لم يسم غيره بأن رهنه على ان يعطيه شيأ فهلك فى يده يعطى المرتهن الراهن ما شاء لانه بالهلاك صار مستوفيا شيأ فيكون بيانه اليه كالواقر بدين كذا فى التبيين وعن الذخيرة قال محمد رحمه الله ولا استحسن اقل من درهم

الى الراهن (اذالم يكن الدين اكثر من قيمة الرهن) بل كان مساويا اوقل حتى اذا كان اكثر لم يكن مضمونا بالدين بل بالقيمة (و) يصح ايضا (برأس مال السلم وثمن الصرف) لان المقصود ضمان المال والمجانسة ثابتة فى المالية فيثبت الاستيفاء من حيث المال (فان هلك) اى الرهن برأس المال اوثمن الصرف (تم العقد) اى السلم والصرف (واخذحقه) اى صار المرتهن مستوفيا لدينه لتحقق القبض حكما (فان افترقا قبل نقده هلك بطلا) اى عقد السلم والصرف لفوات القبض حقيقة وحكما ولما يتأت هذا التفصيل فى المسلم فيه افرده بالذكر فقال (وبالمسلم فيه فان هلك) اى الرهن (تم العقد وصار) اى الرهن (عوضا للمسلم فيه) فيصير كأنه استوفاه (وان فسخ) اى عقد السلم (صار) اى الرهن (رهنا ببدله) وهو رأس المال فيحبسه فصار كالمغصوب اذا هلك وبه رهن يكون رهنا بقيمته (وهلك رهنه بعد الفسخ هلك به) اى بالمسلم فيه حتى يجب عليه رد مثل المسلم فيه لقبض اى رأس المال لانه رهنه به وان كان محبوسا بغيره وهو رأس المال (و) يصح ايضا (بدين عليه) اى الاب (عبد طفله) مفعول الرهن المقدر لانه يملك الايداع وهذا اولى منه فى حق الصبي لان القيام المرتهن بحفظه ابلغ خوفا من الغرامة ولو هلك يهلك مضمونا والوديعة تهلك امانة ولوصى كالاب وعن ابى يوسف وزفر انه لايجوز منهما (و) يصح ايضا (بثمن عبد او خل او ذكية ان ظهر العبد حرا والخل خمرا والذكية ميتة وببدل صلح عن انكار ان اقر ان لادين) صورته رجل صالح من انكار ورهن ببدل الصلح شيأ ثم تصادقا على ان لادين فالرهن مضمون والاصل فى هذه المسائل مامر ان وجوب الدين ظاهرا يكفى لصحة الرهن ولا يشترط وجوبه حقيقة (شرى على ان يرهن شيأ او يعطى كفيلا) حال كون الرهن والكفيل (معينين لثمنه) متعلق بيعطى (وابى) اى المشترى ان يرهن ماسماه او يعطى كفيلا سماه (صح) اى الشراء استحسانا لاقياسالانه شرط لايقتضيه العقد وفيه نفع لاحد المتعاقدين ولانه صفقة فى صفقة وهو منهى عنه كامر وجه الاستحسان انه شرط ملائم للعقد لان الكفالة والرهن للاستيثاق وهو يلائم وجوب الثمن فاذا كان الكفيل حاضرا والرهن معينا اعتبر معنى الشرط وهو الاستيثاق فصح العقد والا اعتبر عين الشرط ففسد (ولايجبر) اى المشترى (على الوفاء) لان عقد الرهن تبرع من جانب الراهن ولا جبر على التبرع وانما صار حقا من حقوقه اذا وجد ولم يوجد بعد والوعد بالرهن لايكون فوق الرهن ولو رهنه لايلزم مالم يسلم فلأن لايصير لازما بالوعد اولى فللبائع فسخه الا اذا سلم ثمنه حالا اوقيمة الرهن رهنا) اى اذا ابى المشترى ولم يجبر على الوفاء جاز للبائع ان يفسخ العقد لان رضاه بالبيع كان لهذا الشرط فبدونه لايكون راضيا واذا لم يتم رضاه كان له ان يفسخ او يرضى بترك الرهن الا اذا كان كما ذكر لحصول المقصود حينئذ اذ يد الاستيفاء انما تثبت على المعنى وهو القيمة لان الصورة امانة (قال) اى المشترى (لبائعه) وقد اعطاه شيأ غير المبيع (امسك هذا حتى اعطى ثمنه كان رهنا) لانه ذكر مايدل على الرهن لان العبرة للمعانى وفيه خلاف زفر (رهن عينا من رجلين بدين لكل منهما صح وكله رهن عند كل منهما)

(قوله فان هلك) يعنى قبل الافتراق
(قوله وبالمسلم فيه فان هلك اى الرهن تم العقد) اى سواء هلك قبل الافتراق او بعده. (قوله ولو هلك يهلك مضمونا) اى على الاب وكذا الوصى يضمن للصغير وذكر فى النهاية معزيا الى التمرتاشى وهو الى الكاكى ان قيمة الرهن اذا كانت اكثر من الدين يضمن الاب بقدر الدين والوصى بقدر القيمة لان للاب ان ينتفع بمال الصبي ولا كذلك الوصى وذكر فى الذخيرة والمغنى التسوية بينهما فى الحكم فقال لايضمنان الفضل لانه امانة وهو وديعة عند المرتهن وثمنا ولاية الايداع كذا فى التبيين وتمامه فيه مفرعا (قوله لان عقد الرهن تبرع من جانب الراهن الخ) كذا اعطاء الكفيل وكان ينبغى ذكره ايضا ليتم التعليل للجانبين (قوله قال لبائعه وقد اعطاه شيأ غير المبيع امسك هذا) التقييد بغير المبيع غير احترازى لانه لو قبض المبيع ثم قال له ذلك كان ذلك رهنا بثمنه كما فى التبيين

لان نصفه رهن لاحدهما ونصفه الآخر للآخر لان الرهن اضيف الى جميع العين بصفقة واحدة ولا شيوع فيه وموجبه الحبس بالدين وهو لايتجزأ فصار محبوسا بكل منهما ولاتنافي فيه كما اذا قتل واحد جماعة فحضر احد اولياء المقتولين واستوفى يكون مستوفيا لنفسه وللباقين بخلاف الهبة من رجلين حيث لاتجوز عند ابى حنيفة لان المقصود منها ايجاب الملك والعين الواحدة لايتصور كونها ملكا لكل منهما كملا فلا بد من الانقسام وهو ينافي المقصود (وفى نوبتهما كل في نوبته كالعدل فى حق الآخر ولو هلك ضمن كل حصته) اى حصة دينه اذ عند الهلاك يصير كل منهما مستوفيا حصته لان الاستيفاء يتجزأ (فان قضى دين احدهما فكله رهن للآخر) لان جميع العين رهن فى يد كل واحد منهما بلا تفرق (رهنا من رجل رهنا بدين عليهما صح الرهن بكله) اى كل الدين (يمسكه) اى المرتهن (الى قبض الكل) اى كل الدين لان قبض الرهن يحصل فى الكل بلا شيوع (بطل حجة كل من شخصين انه رهنه عبده وقبضه) هذه مسئلة مستقلة لاتعلق لها بما سبق يعنى اذا اقام كل واحد من رجلين على رجل انه رهنه عبده الذى فى يده وقبضه فهو باطل لان كلا منهما اثبت ببينة انه رهنه كل العبد ولا وجه للقضاء لكل منهما بالكل لان العبد الواحد يستحيل كون كله رهنا بهذا وكله رهنا بذاك فى حالة واحدة ولا للقضاء بكله لواحد بعينه لعدم الاولوية ولا للقضاء لكل منهما بالنصف للزوم الشيوع فتعين التهاتر (ولو مات راهنه والرهن معهما فبرهن كل كذلك) اى بانه رهنه عبده وقبضه (كان نصفه) اى نصف العبد (مع كل) منهما (رهنا بحقه) لان حكمه فى الحياة الحبس والشيوع يضره وبعد الممات الاستيفاء بالبيع فى الدين والشيوع لايضره

﴿ باب رهن يوضع عند عدل ﴾

سمى به لعدالته فى زعم الراهن والمرتهن (وضعاه) اى وضع الراهن والمرتهن الرهن (عنده صح) خلافا لمالك (ولا يأخذه منه) اى الرهن من العدل (احدهما) لتعلق حق الراهن فى الحفظ بيده وامانته وحق المرتهن به استيفاء فلا يملك احدهما ابطال حق الآخر (ويضمن) اى العدل (بدفعه اليه) اى دفع الرهن الى احدهما لانه مودع الراهن فى حق العين ومودع المرتهن فى حق المالية واحدهما اجنبى عن الآخر والمودع يضمن بالدفع الى الاجنبى (ويهلك على المرتهن) اى ان هلك الرهن فى يد العدل هلك فى ضمان المرتهن لان يده يد المرتهن (وكله) اى الراهن المرتهن (اوالعدل اوغيرهما ببيعه) اى بيع الرهن (عند حلول الاجل صح) لانه توكيل ببيع ماله (فان شرط) اى التوكيل (فى عقد الرهن لم ينعزل) بالعزل وبموت الراهن او المرتهن (الا بموت الوكيل) سواء كان الوكيل المرتهن او العدل او غيرهما واذا مات الوكيل لايقوم وارثه ولا وصيه مقامه لان الوكالة لايجرى فيها الارث ولان الموكل رضى برأيه لا رأى غيره (وله) اى الوكيل (بيعه) اى الرهن (بغيبة ورثته) اى الراهن كما يبيعه حال حياته بغيبته وان مات المرتهن فالوكيل على وكالته لانها لاتبطل بموتهما ولا بموت احدهما

(قوله بطل حجة كل من شخصين الخ) يعنى اذا لم يؤرخا فان ارخا كان صاحب التاريخ الاقدم اولى وكذا لو كان الرهن فى يد احدهما كان اولى كما فى التبيين وان كان فى يديهما فان علم الاول منهما فهو له وان لم يعلم لم يكن رهنا لواحد منهما قياسا قال فى الاصل وبه نأخذ وفى الاستحسان لكل نصفه رهن بنصف حقه كما فى النهاية والله اعلم

﴿ باب رهن يوضع عند عدل ﴾

قوله خلافا لمالك) كان الاولى ان يذكر خلافا لزفر وابن ابى ليلى ايضا (قوله ويضمن العدل بدفعه اليه) قال فى النهاية يضمن القيمة اه ولعله فيما اذا لم يكن مثليا اه ثم لايقدر العدل ان يجعل القيمة رهنا فى يده لانه مقضى عليه فلا يكون قاضيا كما فى النهاية عن الذخيرة اه فيأخذ انها منه ويجعلانها رهنا عنده او عند غيره برفع احدهما الامر الى القاضى ليفعل ذلك كما فى شرح الكنز للعينى فان تعذر اجتماعهما رفع العدل احدهما الى القاضى ولو جعل القيمة فى يد العدل وقد ضمنها بالدفع الى الراهن ثم قضى الراهن الدين فهى سالمة للعدل لوصول عين مال الراهن اليه ولا يأخذها المرتهن لوصول حقه اليه وان ضمن العدل القيمة بالدفع الى المرتهن كان للراهن اخذها منه ويرجع العدل بها على المرتهن لو دفع اليه الرهن رهنا بان قال هذا رهنك خذه بحقك واحبسه بدينك استهلك الرهن او هلك لدفعه على وجه الضمان وكذا يرجع لو دفعه له عارية او وديعة واستهلكه المرتهن كما فى النهاية عن الذخيرة

(قوله ويجبر الوكيل عليه) اى البيع ان حل الاجل يعنى او الوكيل المشروط له البيع فى عقد الرهن وكذا يجبر لو شرط له بعد الرهن على الصحيح كما فى التبيين (قوله لانه ملكه) اى لان العدل ملك الرهن بالضمان (قوله فلا يرجع المرتهن على العدل بدينه)

(ويجبر) اى الوكيل (عليه) اى البيع (ان حل الاجل والراهن غائب) لئلا يتضرر المرتهن وكيفية الاجبار ان يحبسه القاضى اياما ليبيع فان لج بعده فالقاضى يبيعه عليه (كوكيل بالخصومة غاب موكله) حيث يجبر عليها لدفع الضرر (ولو وكل بالبيع مطلقا ثم نهاه عن النسيئة لم يعمل) كذا فى الكافى (ولا يبيعه الراهن او المرتهن الا برضا الآخر) لان لكل منهما حقا فى الرهن للراهن حق الملك وللمرتهن حق الاستيفاء (باعه) اى الرهن (العدل) حتى خرج من الرهن (فالثمن رهن مقامه وان لم يقبض) لقيامه مقام المقبوض (فهلكه) اى هلك الثمن هالك (على المرتهن) لبقاء عقد الرهن فى الثمن لقيامه مقام المبيع المرهون (كذا قيمة عبد رهن قتل) اى اذا قتل العبد الرهن وغرم القاتل قيمته صارت رهنا بدل العبد (و) كذا (عبد قتله) اى العبد الرهن (فدفع به) فانه ايضا يكون رهنا بدل العبد المقتول (فان اوفى) اى ان باع العدل الرهن فأوفى (ثمنه) اى ثمن الرهن (المرتهن فاستحق) اى الرهن (ففى الهالك) اى اذا هلك الرهن فى يد المشترى قد وقع فيما رأيناه من نسخ صدر الشريعة بدل المشترى المرتهن وكأنه سهو من الناسخ (ضمن المستحق الراهن) قيمة الرهن لانه غاصب فى حقه (وصح البيع والقبض) اى قبض الثمن لان الراهن ملكه باداء الضمان (او) ضمن المستحق (العدل) القيمة لانه متعد بالبيع والتسليم (فهو) اى فحينئذ يكون العدل (مخيران شاء ضمن الراهن) قيمة الرهن لانه وكيله فيرجع عليه بما لحقه بالغرور من جهته (وصحا) اى البيع والقبض لانه ملكه بالضمان فتبين انه باع ملك نفسه فلا يرجع المرتهن على العدل بدينه (او) ضمن (المرتهن ثمنه) الذى اداه اليه اذا تبين بالاستحقاق انه اخذ الثمن بغير حق لان العدل ملك العبد بالضمان (فهو) اى ذلك الثمن (له) اى للعدل لانه بدل ملكه وانما اداه الى المرتهن على ظن ان المبيع ملك الراهن فاذا تبين انه ملكه لم يكن راضيا به فله ان يرجع به عليه (ورجع المرتهن على راهنه بدينه) لان العدل اذا رجع بطل قبض المرتهن الثمن (فيرجع المرتهن على راهنه بدينه) ضرورة (وفى القائم) عطف على قوله ففى الهالك اى اذا كان الرهن قائما فى يد المشترى (اخذه) اى المستحق (من مشتريه) لانه وجد عين ماله (ورجع هذا) اى مشتريه (على العدل بثمنه) لانه العاقد وحقوق العقد تتعلق به (ثم) يرجع (هذا) اى العدل (على الراهن به) اى بثمنه لانه الذى ادخله فى العهدة بتوكيله فيجب عليه تخليصه (و) اذا رجع عليه (صح قبض المرتهن الثمن) وسلم المقبوض له (او) يرجع العدل (على المرتهن بثمنه) لان العقد لما انتقض بطل الثمن وقد قبضه المرتهن ثمنا فاذا بطل وجب نقض قبضه ضرورة (ثم) يرجع (هو) اى المرتهن (على الراهن بدينه) لانه

لعل الصواب ان يقال فلا يرجع المرتهن على الراهن بدينه لانه لا يتوهم الرجوع على العدل ووجه عدم رجوع المرتهن على الراهن انه لما وصل اليه الثمن بتأدية العدل صح اقتضاؤه لان الرهن لما ضمن صار المرتهن قابضا ثمن ملك الراهن فلا رجوع له عليه (قوله او ضمن المرتهن ثمنه) اى ضمن العدل المرتهن ثمن الرهن الذى باعه واداه اليه (قوله فهو اى ذلك الثمن له اى للعدل الخ) اقول تفقها ينبغى ان يرجع العدل بما بقى من ضمانه القيمة على الراهن ايضا لكونه مغرورا من جهته والا يضيع عليه باقى القيمة التى اخذها منه المستحق فلينظر ثم ان المصنف رحمه الله تعالى لم يذكر رجوع المشترى فى هذا الشق بل سيذكره فيما لو كان الرهن قائما وهنا لو ان المشترى سلم الثمن بنفسه الى المرتهن لم يرجع على العدل به بل على المرتهن والدين على الراهن على حاله كما فى التبيين واقول تفقها ينبغى انه ان سلمه الى العدل يرجع به عليه ثم يرجع العدل به على المرتهن والمرتهن يرجع على راهنه بدينه فان قيل بذلك يصير العدل قد ضمن للمشترى الثمن وللمستحق القيمة فالقيمة يرجع بها على الراهن لانه وكيله والثمن يرجع به العدل على المرتهن والمرتهن يرجع على الراهن بدينه فآل الامر الى استقرار ضمان القيمة والثمن على الراهن فلينظر (قوله وفى القائم اخذه من مشتريه ورجع هذا اى مشتريه على العدل) يعنى فيما اذا سلم المشترى الثمن بنفسه الى العدل ولو انه سلمه الى المرتهن لم يرجع على العدل به لان العدل فى البيع عامل للراهن وانما يرجع عليه اذا قبض ولم يقبض منه شيأ فبقى ضمان الثمن على المرتهن والدين على الراهن على حاله كما فى التبيين (قوله وسلم المقبوض له) يعنى وبرئ الراهن من الدين

اذا رجع عليه وانتقض قبضه عاد حقه فى الدين كما كان فيرجع به عليه (فان لم يشرط) اى التوكيل فى عقد الرهن عطف على قوله فان شرط (بل وكله بعده) يعنى ان ماذكر من التفصيل انما يأتى اذا شرط التوكيل فى عقد الرهن واما اذا لم يشرط فيه بل وكل الراهن العدل بعد العقد فلحق العدل من العهدة (رجع به العدل على الراهن فقط) اى لا على المرتهن لان التوكيل اذا كان بعد العقد لم يتعلق به حق المرتهن فلا يرجع عليه كما فى الوكالة المجردة عن الرهن بان وكل انسانا بان يبيع شيأ ويقضى دينه من ثمنه ففعل ثم لحقه عهدة لم يرجع به على القابض بخلاف الوكالة المشروطة فى الرهن اذا تعلق به حق المرتهن وكان البيع رافعا حقه وقد سلم له ذلك فجاز ان يلزمه الضمان (قبض المرتهن ثمنه اولا) صورة عدم قبضه ان العدل باع الرهن بامر الراهن وضاع الثمن فى يد العدل بلا تعديه ثم استحق المرهون فالضمان الذى يلحق العدل يرجع به على الراهن (هلك الرهن مع المرتهن فاستحق وضمن الراهن قيمته هلك بدينه) يعنى اذا استحق الرهن الهالك رجل فله الخيار ان شاء ضمن الراهن قيمته وان شاء ضمن المرتهن لان كلا منهما متعد فى حقه بالتسليم او بالقبض فان ضمن الراهن فقد هلك بدينه لانه ملكه بأداء الضمان فصح الايفاء (وان ضمن المرتهن رجع على الراهن بقيمته) التى ضمنها (وبدينه) اما بالقيمة فلانه مغرور من جهة الراهن بالتسليم واما بالدين فلانه انتقض قبضه فيعود حقه كما كان

﴿ باب التصرف والجناية فى الرهن ﴾

(وقف بيع الراهن) اى اذا باع الراهن بلا اذن المرتهن فالبيع موقوف لتعلق حق المرتهن به فيتوقف على اجازته (ان اجاز المرتهن او قضى) اى الراهن (دينه نفذ) اما الاول فلان التوقف لحقه وقد رضى بسقوطه واما الثانى فلان المانع من النفوذ قد زال والمقتضى وهو التصرف الصادر من الاهل فى المحل موجود (والثمن رهن) فان البيع اذا نفذ باجازة المرتهن ينتقل حقه الى بدله (وان فسخ) اى المرتهن عقد الرهن (لم ينفسخ) فى الاصح لان التوقف مع المقتضى للنفاذ انما كان لصيانة حقه وحقه يصان بانعقاده موقوفا (و) اذا بقى موقوفا (صبر المشترى الى فكه او رفع الامر الى القاضى ليفسخ) اى القاضى العقد بحكم عجز الراهن من التسليم (باع) اى الراهن الرهن (من رجل ثم) باع من آخر قبل الاجازة) اى اجازة المرتهن (وقف) البيع (الثانى) على اجازته (ايضا) اى كما وقف الاول فان الاول موقوف والموقوف لا يمنع توقف الثانى (فلو اجازه) اى اجاز المرتهن البيع الثانى (جاز) الثانى لا الاول (ولو باع) الراهن الرهن (ثم اجر) اى الرهن (او رهن او وهب من غيره) اى غير المشترى (فاجازها) اى هذه التصرفات من البيع وغيره (المرتهن جاز الاول) وهو البيع (لا البواقى) والفرق بين المسئلتين حيث جاز البيع الثانى بالاجازة فى الاولى ولم يجز التصرفات المذكورة بعد البيع فى الثانية سوى البيع مع وجود الاجازة لامكان ان للمرتهن فائدة فى البيع لتعلق حقه ببدله بخلاف العقود المذكورة اذ لا بدل له فى الرهن والهبة وما فى الاجارة

﴿باب التصرف والجناية فى الرهن﴾

(قوله ان اجازه المرتهن او قضى دينه نفذ) اى وينتقل حقه الى ثمنه كما سيذكره المصنف فى الصحيح فيكون محبوسا بالدين كما فى البرهان والتبيين (قوله وان فسخ اى المرتهن عقد الرهن لم ينفسخ) لعل صوابه عقد بيع الرهن (قوله فلو اجازه اى المرتهن البيع الثانى جاز الثانى لا الاول) كذا عكسه كما فى التبيين (قوله فأجازها اى هذه التصرفات) المراد انه لو اجاز ما حصل منها بعد البيع فقوله من البيع وغيره كان ينبغى عدم ذكر البيع لانه ليس من مدخول الاجازة والمسئلة من التبيين قال ولو باعه الراهن ثم اجره او رهنه او وهبه من غيره فاجاز المرتهن الاجارة او الرهن او الهبة جاز البيع الاول دون هذه العقود اه واجازة البيع مقصودة تقدم ذكرها

بدل المنفعة لا العين وحقه فى مالية العين لا المنفعة فكانت اجازته اسقاطا لحقه فزال المانع فنفذ البيع (وصح اعتاقه) اى اعتاق الراهن الرهن (وتدبيره واستيلاده لانه تصرف صدر من الاهل ووقع فى المحل فبطل الرهن لفوات محله (فلو) كان الراهن (موسرا طولب بدينه الحال) اذ لا معنى لالزامه قيمة الرهن مع حلول الدين (وفى المؤجل اخذ منه) اى الراهن (قيمته وجعلت رهنا بدله) حتى يحل الدين لتحقق سبب الضمان وفائدة التضمين هى حصول الاستيثاق وبحبسها الى حلول الاجل فاذا حل استوفى حقه اذا كان من جنسه لان الغريم له ان يستوفى حقه من مال غريمه اذا ظفر بجنس حقه فان كان فيها فضل رده لانتهاء حكم الرهن بالاستيفاء وان كانت اقل من حقه رجع عليه بالزيادة لعدم ما يسقطه (ولو) كان الراهن معسرا فى العتق سعى) العبد (للمرتهن فى الاقل من قيمته ومن الدين) اى ان كانت القيمة اقل من الدين سعى فى القيمة وان كان الدين اقل منها سعى فى الدين (ورجع على سيده اذا صار غنيا) لانه قضى دينه وهو مضطر فيه بحكم الشرع فيرجع عليه بما تحمل عنه (وفى اختيه) يعنى التدبير والاستيلاد (سعى) كل من المدبر والمستولدة للمرتهن (فى كل الدين بلا رجوع) على سيده لانهما اديا من مال المولى لان كسبهما ماله (واتلافه) اى اتلاف الراهن رهنه (كاعتاقه غنيا) اى ان كان الدين حالا اخذ منه الدين وان كان مؤجلا اخذ قيمته فيكون رهنا الى حلول الاجل (واجنبى اتلفه ضمنه المرتهن) فيأخذ مثله او قيمته (وكان) اى المأخوذ (رهنا بدله) كما مر (اعار) اى الرهن (مرتهنه راهنه او) اعاره (احدهما) من الراهن والمرتهن (باذن صاحبه آخر) فقبضه (سقط ضمانه) اى ضمان الرهن (حالا) للمنافاة بين يد العارية ويد الرهن (وان) وصلية (بقى الرهن) ولهذا كان للمرتهن ان يسترده الى يده فرع على قوله سقط ضمانه بقوله (فهلكه) اى الرهن (مع مستعيره) اى مع راهنه (ان كان هو المستعير او) مع (اجنبى ان كان هو المستعير (هلك بلا شئ) لفوات القبض المضمون (ولكل منهما) اى من الراهن والمرتهن (رده) اى رد الرهن المستعار (رهنا) كما كان لان لكل منهما حقا محترما فيه (فان مات الراهن قبله) اى قبل رده الى المرتهن فى صورة الاعارة (فالمرتهن احق به) اى بالرهن (من) سائر (الغرماء) لان العارية ليست بلازمة والضمان ليس من لوازم الرهن قطعا فان حكم الرهن ثابت فى ولد الرهن مع انه غير مضمون بالهلاك واذا بقى الرهن فاذا اخذه عاد الضمان لعود القبض فيعود بصفته (واذا اجر او وهب او باع احدهما باذن الآخر من اجنبى خرج من الرهن فلا يعود) الا بعقد مبتدا او مات الراهن قبل الرد الى المرتهن فالمرتهن أسوة للغرماء) اذ تعلق بالرهن حق لازم بهذه التصرفات فيبطل به حكم الرهن بخلاف الاعارة حيث لم يتعلق بها حق لازم فافترقا (رهن عبدا غصبه ثم اشتراه من مالكه لا ينفذ) الرهن لانه توقف على اجازة المالك فلا ينفذ باجازة غيره ولا يسقط الدين بهلاكه لان ملك الراهن ثبت بعد عقد الرهن بخلاف ما اذا هلك فى يد المرتهن واختار المالك تضمين الراهن لانه ملكه بالضمان من وقت الغصب فكان ملك

(قوله سعى العبد للمرتهن فى الاقل من قيمته ومن الدين) كيفية ذلك ان ينظر الى قيمة العبد يوم العتق ويوم الرهن والى الدين فيسعى فى الاقل منهما كما فى التبيين (قوله سعى كل من المدبر والمستولدة) قال الزيلعى ثم يقضى بالسعاية الدين ان كان من جنس حقه وكان الدين حالا وان لم يكن من جنس حقه صرف بجنسه ويقضى به الدين وان كان مؤجلا كانت السعاية رهنا عنده فاذا حل الدين قضى بها على نحو ما ذكر فى الحال (قوله واجنبى اتلفه ضمنه المرتهن فيأخذ مثله او قيمته) يعنى يوم استهلاكه بخلاف ضمانه على المرتهن فانه يعتبر قيمته يوم القبض كما فى التبيين والنهاية وكذلك فى الهلاك يعتبر قيمته يوم القبض لا يوم هلك كما فى النهاية (قوله اعار اى الرهن مرتهنه راهنه او اعاره احدهما) قال فى النهاية فى استعمال لفظ الاعارة فى جانب المرتهن تسامح لان الاعارة تمليك المنافع بغير عوض وهو لم يكن مالكا لها فكيف يملك تمليكها ولكن لما عومل هنا معاملة الاعارة من عدم الضمان وتمكن الاسترداد اطلق اسم الاعارة لمنافاة بين يد العارية ويد الرهن اه (قوله واذا اجر او وهب او باع احدهما باذن الآخر من اجنبى خرج من الرهن) قال الزيلعى كذا لو من المرتهن

الرهن سابقا على الرهن كذا في القاعدية (مرتهن اذن باستعماله) اى اذن له الراهن بلا طلب منه فيغاير الاستعارة وان كان الرهن عارية (اواستعاره) اى الرهن من راهنه (لعمل ان هلك) اى الرهن (حال العمل) في صورتى الاذن والاستعارة (لم يضمن اى المرتهن لثبوت يد العارية بالاستعمال وهى مخالفة ليد الرهن فانتفى الضمان (وفى طرفيه) اى قبل العمل وبعد الفراغ منه (ضمن كالرهن اى ضمن المرتهن ضمانا كضمان الرهن وهو معلوم (صح استعارة شئ ليرهن) لان المالك رضى بتعلق دين المستعير بماله وهو يملك ذلك كما يملك ان يتعلق بذمته بالكفالة واذا صح (فيرهن) المستعير (بماشاء) من قليل او كثير فان الاطلاق واجب الاعتبار خصوصا في الاعارة لان الجهالة فيها لا تفضى الى المنازعة (وان عين المعير تقيد بما عينه من قدر) فانه اذا عين قدرا لا يجوز للمستعير ان يرهنه باكثر منه او اقل لان التقييد مفيد وهو ينفى الزيادة لان غرضه الاحتباس بما تيسر اداؤه وينفى النقصان ايضا لان غرض المعير ان يصير المرتهن مستوفيا للاكثر بمقابلته عند الهلاك ليرجع عليه ولو رهن باقل منه هلك الباقى امانة فلا يرجع عليه (وجنس ومرتهن وبلد) فان كل ذلك مفيد لتيسر البعض بالنسبة الى البعض وتفاوت الاشخاص في الامانة والحفظ (فان خالف) اى بعد ما اعتبر التقييد ان خالف (المستعير المعير ضمنه) اى المستعير (المعير) لمخالفته (ويتم الرهن) لانه ملكه بالضمان فتبين انه رهن ملك نفسه (او) ضمن المعير (المرتهن) لانه ايضا متعد فصار الراهن كالغاصب والمرتهن كغاصب الغاصب (ويرجع) اى المرتهن (بما ضمنه) من القيمة (وبدينه على الراهن) اما رجوعه بالقيمة فلانه مغرور من جهة الراهن واما رجوعه بالدين فلان قبضه انتقض فعاد حقه كما كان (وان وافق) بان رهنه بمقدار ما امر به (وهلك) اى الرهن (عند المرتهن استوفى) اى المرتهن (كل دينه لو قيمته كالدين او اكثر) لتمام الاستيفاء بالهلاك (ووجب مثله) اى مثل الدين (للمعير على المستعير) وهو الراهن لانه قضى بذلك القدر دينه ان كان كله مضمونا والا يضمن قدر المضمون والباقى امانة (لا القيمة) لانه قد وافق فليس بمتعد (وبعض دينه) عطف على كل دينه اى استوفى المرتهن بعض دينه (لو قيمته اقل) من الدين (وباقيه) اى باقى دينه (على الراهن) للمرتهن اذ لم يقع الاستيفاء لزيادة على قيمته (او افتكه المعير) يعنى ان المعير اذا اراد ان يقضى دين المرتهن لفك ملكه على الدين (ليس للمرتهن ان يمتنع عن تسليم الرهن) لان المعير غير متبرع بقضاء الدين لما فيه من تخليص ملكه فصار اداؤه كاداء الراهن فيجبر المرتهن على القبول (ويرجع على الراهن بما ادى ان ساوى الدين القيمة) لانه قضى دينه وهو مضطر فيه فلا يوصف بكونه متبرعا وانما قال ان ساوى لانه ان كان اكثر من القيمة يكون في الزيادة على القيمة متبرعا فلا يرجع بذلك القدر وان كان اقل من القيمة فلا يجبر المرتهن على تسليم الرهن ذكره تاج الشريعة (هلك) اى الرهن (عند الراهن قبل رهنه او بعد فكه لا يضمن وان) وصلية (تصرف فيه من قبل) بالاستخدام او الركوب او نحو ذلك لانه امين خالف ثم عاد الى الوفاق فلا يضمن خلافا للشافعى (جناية الراهن على

(قوله مرتهن اذن باستعماله) قال في جامع الفصولين فان لم يؤذن له وخالف ثم عاد فهو رهن على حاله اه (قوله ان هلك حال العمل لم يضمن) يعنى بان صدقه الراهن ولو اختلفا في وقت الهلاك فادعى المرتهن انه وقت العمل والراهن في غير حال العمل كان القول للمرتهن والبينة للراهن كما في النهاية عن فتاوى قاضيخان وكما في التبيين (قوله وان عين المعير تقيد بما عينه من قدر) بيانه ما قال في الذخيرة لو سمى له شيأ فرهنه باقل من ذلك او اكثر فالمسئلة على ثلاثة اوجه الاول اذا كانت قيمة الثوب مثل الدين او كانت اكثر من الدين فرهن باكثر من الدين او باقل فانه يضمن قيمة الثوب والثالث ان تكون القيمة اقل من الدين فان زاد على المسمى يضمن قيمة الثوب وان نقص ان كان النقصان الى تمام قيمة الثوب لا يضمن وان كان النقصان اقل يضمن قيمة الثوب اه (قوله لانه امين خالف ثم عاد الى الوفاق فلا يضمن) قال في العمادية قال الاستروشنى ان المستأجر والمستعير اذا خالفا ثم عادا الى الوفاق لا يبرآن من الضمان على ما عليه الفتوى ثم ذكر العماد ما يقتضى البراءة بالعود الى الوفاق (قوله جناية الراهن على

الرهن مضمونة)لانه تفويت حق لازم محترم وتعلق مثله بالمال يجعل المالك كالاجنبي في حق الضمان (وجناية المرتهن عليه)اى على الرهن (تسقط من دينه) اى المرتهن (بقدرها) اى الجناية لان اتلف ملك غيره فلزمه ضمانه واذا لزمه وكان الدين قد حل سقط من الضمان بقدره ولزمه الباقى لان مازاد على قدر الدين من القيمة كان امانة وان ماضمه باتلاف لابعقد الرهن فهو بمنزلة الوديعة اذا اتلفها المودع يلزمه الضمان كذا فى غاية البيان (وجناية الرهن عليهما وعلى مالهما هدر) والمراد بالجناية على النفس مايوجب المال بان كانت الجناية خطأ فى النفس اوفيما دونها واما مايوجب القصاص فهو معتبر بالاجماع كذا فى النهاية واما كون جنايته على الراهن هدرا فلانها جناية المملوك على مالكه وهى فيما يوجب المال هدر لانه المستحق ولا يثبت الاستحقاق له عليه واما كون جنايته على المرتهن هدرا فلان هذه الجناية لو اعتبرناها للمرتهن كان عليه التطهير منها لانها حصلت فى ضمانه فلا يفيد وجوب الضمان مع وجوب التخليص عليه (رهن عبدا يعدل الفا بألف مؤجل فصار قيمته مائة فقتله حر فغرم مائة وحل اجله اخذ مرتهنه المائة عن حقه و سقط باقيه)وهو تسعمائة لان نقصان السعر لا يوجب سقوط الدين لانه عبارة عن فتور رغبات الناس بخلاف نقصان العين فاذا كان باقيا و يد المرتهن يد استيفاء صار مستوفيا للكل من الابتداء (ولو باعه بأمره بمائة) اى باع المرتهن العبد بأمر الراهن بها (وقبضها رجع بما بقى) وهو تسعمائة لان الراهن اذا باعه صار كأنه استرده وباعه بنفسه فحينئذ يبطل الرهن ويبقى الدين الا بقدر مااستوفى فكذا ههنا (قتله) اى عبدا (يعدل الفا عبد يعدل مائة فدفع به فكه) اى الرهن (بكل دينه) لان العبد الباقى قائم مقام الاول فصار كأن الاول قائم وتراجع سعره (جنى) اى العبد المرهون يعنى رهن رجل رجلا عبدا قيمته الف درهم بالف درهم اواقل منه فقتل العبد قتيلا (خطأ فداه مرتهنه) لان ضمان الجناية على المرتهن والعبد كله فى ضمانه ودينه مستغرق لرقبته فيقال للمرتهن افد العبد من الجناية فان فداه اصلح رهنه وكان دينه على الراهن بحاله والعبد رهن كما كان (ولم يرجع)اى على الراهن بشئ من الفداء لان العبد كله مضمون وجناية المضمون كجناية الضامن فلو رجع على الراهن رجع الراهن عليه فلا يفيد (ولا يدفعه) اى ليس للمرتهن ان يدفعه الى ولى الجناية لانه لا يملك التمليك (فان ابى)اى امتنع المرتهن من الفداء (دفعه الراهن اوفداه فيسقط الدين) اى يقال للراهن ادفع العبد اوفده بالدية فان دفع اوفدى سقط دين المرتهن واخذ الراهن العبد وبطل الرهن (ان لم يكن) اى الدين (اكثر من قيمة الرهن) بل يكون مساويا اواقل منها واما اذا كان اكثر فيسقط من الدين مقدار قيمة العبد ولا

الرهن مضمونة)اى فتكون حكم الرهن (قوله واذا لزمه وكان الدين مؤجلا سقط من الضمان بقدره) كذا فى نسخة وصوابه وكان الدين حالا اه وهذا اذا كان مالزمه من جنس دينه واما اذا كان الدين مؤجلا فلا يحكم بالسقوط بمجرد اللزوم بل مالزمه يحبس بالدين الى حلول الاجل فاذا حل اخذه بدينه ان كان من جنسه والا فحتى يستوفى فى دينه (قوله واما مايوجب القصاص فهو معتبر بالاجماع)يعنى بان كان فى النفس لانه لا قصاص بين طرفى حر وعبد وقال فى شرح المجمع يقتص من الرهن اذا حضر الراهن ويسقط الدين اه وهذا اذا ثبت بالبينة اما اذا ثبت بالاقرار فلا يشترط حضور سيده (قوله اما كون جنايته على الراهن الخ)هذا كما هو ظاهر فى بيان عدم ضمانهما كذلك يصلح لبيان عدم ضمان مالهما (قوله ولو باعه بامره بمائة)المراد امره بالبيع غير مقيد بمائة فالمائة غير مأمور بها (قوله لان الراهن اذا باعه صار كأنه استرده وباعه بنفسه) فيه تأمل ولعل صوابه لان المرتهن اذا باعه باذن الراهن صار كأنه اى الراهن استرده وباعه بنفسه (قوله قتله اى عبدا يعدل الفا عبد يعدل مائة فدفع به فكه بكل دينه)يعنى يجبر الراهن على فكاك العبد بكل الدين وهو الالف وهذا عند ابى حنيفة وابى يوسف وقال محمد هو بالخيار ان شاء افتكه بجميع الدين وان شاء سلم العبد المدفوع الى المرتهن بدينه ولا شئ عليه غيره وقال زفر يصير رهنا بمائة كذا فى التبيين وقال فى المواهب المختار قول محمد رحمه الله تعالى (قوله جنى خطأ فداه مرتهنه الخ) هذا اذا كان كله مضمونا وان كان بعضا امانة بان كانت قيمته اكثر من الدين وقد جنى العبد جناية قيل لهما افدياه او ادفعاه بها فان اجمعا على الدفع دفعاه وبطل دين المرتهن وان تشاحا فالقول لمن قال انا افدى ايهما كان ثم اذا فداه الراهن يحتسب على المرتهن حصة المضمون من الفداء من دينه ثم ينظر ان كان حصة المضمون من الفداء مثل الدين او اكثر بطل الدين فاذا كان اقل سقط من الدين بحسابه وكان العبد رهنا بما بقى كما فى التبيين

﴿فصل﴾ (قوله فتخمر وتخلل) يعني فتخمر ثم تخلل كما في الكنز وقال الزيلعي قوله ثم تخلل وهو يساوي عشرة يشير الى ان المعتبر فيه في الزيادة والنقصان القيمة وليس كذلك بل المعتبر القدر لان العصير والخل من المقدرات لانه اما كيلي او وزني وفيها نقصان القيمة لا يوجب سقوط شيء من الدين وانما يوجب الخيار لفوات مجرد الوصف وفوات شيء من الوصف في المكيل والموزون لا يوجب سقوط شيء من الدين باجماع بين اصحابنا فيكون الحكم فيه انه ان نقص شيء من القدر سقط بقدره من الدين والا فلا اه وحكاه العيني ثم قال قلت القيمة تزداد وتنتقص بازدياد القدر ونقصانه اه وفي كلام العيني تأمل لان الكلام في ان نقصان القيمة هل يسقط به شيء من الدين لا في ازدياد القيمة بالزيادة ونقصانها بنقصان القدر اه ويظهر قول الزيلعي بما قال في النهاية هذا اذا لم ينتقص شيء من كيله واما اذا انتقص شيء من كيله بالتخمر يسقط الدين بقدره لانه ذكر في مبسوط شيخ الاسلام في باب رهن اهل الذمة في هذه المسئلة واذا صار رهنا ذكر في الكتاب انه يبطل من الدين على حساب ما نقص ولم يذكر انه اراد به نقصان القيمة او نقصان الكيل قالوا والمراد منه نقصان الكيل وذلك لان العصير متى صار خلا بعدما صار خمرا فانه ينتقص في الكيل شيء فينتقص من الدين بقدره فاما اذا بقي الكيل على حاله وانما انتقصت القيمة فانه لا يسقط شيء من الدين عندهم جميعا اه وللمرتهن ان يخلل العصير اذا صار خمرا وليس للراهن منعه منه بالاسترداد اذا كانا مسلمين ولو كانا كافرين يبقى الرهن جائزا بالخمر لبقاء محلية الرهن في حق الراهن والمرتهن ولو كان الراهن مسلما والمرتهن كافرا فتخمر يفسد الرهن فللمرتهن ان يخللها وليس للراهن منعه منه كما لو كانا مسلمين ولو كان الراهن كافرا والمرتهن مسلما فتخمر فله اخذ الرهن والدين على حاله وليس للمسلم تخليلها فصارت المسئلة على اربعة اوجه كما في النهاية من شيخ الاسلام والامام المحبوبي (قوله وانما لم يبطل لانه بصدد ان يعود بالتخلل) يعني وان صار فاسدا فنفي البطلان لا يستلزم نفي الفساد لانه بالتخمر يفسد الرهن ويملك الحبس للدين في فاسده دون (والرهن) باطله

(قوله فهو اي الجلد رهن به اي بدرهم) هذا اذا كانت قيمة الجلد يوم الرهن درهما وان كانت درهمين فكذلك وانما يعرف هذا في ان ينظر الى قيمة الجلد وقيمة اللحم يوم الارتهان وذلك بأن ينظر الى قيمة الشاة حية والى قيمتها مسلوخة فالتفاوت قيمة الجلد وهذا في اذا كانت قيمة الشاة مثل الدين فأما اذا كانت اكثر منه فيكون الجلد بعضه امانة بحسابه ثم هذا الذي ذكره محمد ان الجلد يصير رهنا بما يخصه من الدين لا اشكال اذا حصل دبغ الجلد من المرتهن بشيء لا قيمة له بأن تربه او شمسه فأما اذا حصل بما له قيمة ثبت للمرتهن حق الحبس بما زاد الدبغ فيه كما لو غصب جلد ميتة ودبغه بما له قيمة واذا استحق الحبس بدين حادث وهو ما زاد الدباغ بما له قيمة هل يبطل الرهن الاول ام لا قال الفقيه ابو جعفر فيه قولان احدهما يبطل ويصير رهنا بقيمة ما زاد الدباغ حتى لو اداها الراهن اخذ الجلد والثاني لا يبطل كما في النهاية عن مبسوط شيخ الاسلام والجامع الصغير للمحبوبي

يسقط الباقي (مات الراهن باع وصيه الرهن وقضى الدين) لانه قائم مقامه (فان لم يكن له وصي نصب) اي وصي (ليبيعه) اي نصبه القاضي (رهن الوصي بعض التركة لدين على الميت عند غريم من غرمائه يوقف على رضا الآخرين ولهم رده) لانه آثر بعض الغرماء بالايفاء الحكمي لان موجب عقد الرهن ثبوت يد الاستيفاء للمرتهن حكما فاشبه الايثار بالايفاء الحقيقي فان قضى دينهم) اي دين سائر الغرماء (قبل الرد) اي قبل ان يردوه (نفذ) لزوال المانع وهو حق بقية الغرماء (ولو انفرد الغريم) اي لم يكن للميت الا غريم واحد (جاز) هذا الرهن اعتبارا بالايفاء الحقيقي (وبيع في دينه) لانه باع فيه قبل الرهن فكذا بعده (واذا ارتهن) اي الوصي (بدين للميت على آخر جاز) لانه استيفاء حكما وهو يملك ذلك وفي رهن الوصي تفصيلات تأتي في كتاب الوصايا

﴿ فصل ﴾

(رهن عصيرا قيمته عشرة بها) اي بعشرة (فتخمر وتخلل وهو يساويها) اي العشرة (بقي رهنا بها) اي بالعشرة وكان ينبغي ان يبطل الرهن اذ بالتخمر خرج من كونه صالحا للايفاء اذ لم يبق مالا متقوما وانما لم يبطل لانه بصدد ان يعود بالتخلل ولهذا اذا اشترى عصيرا فتخمر قبل القبض لا يبطل البيع لاحتمال صيرورته خلا فكذا هذا (ورهن شاة كذلك) اي قيمتها عشرة بعشرة (فماتت بلا ذبح (فدبغ جلدها فساوى درهما فهو) اي الجلد (رهن به) اي بدرهم لان الرهن يتقرر بالهلاك فاذا صلح بعض المحل يعود حكمه بقدره بخلاف ما اذا ماتت الشاة المبيعة قبل القبض فدبغ جلدها حيث لا يعود البيع لان البيع ينتقض بالهلاك قبل القبض والمنتقض لا يعود وقيل يعود البيع ايضا (نماء الرهن) كولده ولبنه وصوفه وثمره (للراهن) لتولده من ملكه (ورهن مع اصله) لانه تبع له

والرهن حق لازم فيسرى اليه (وهلك مجانا) اى ان هلك هلك بلاشئ لان الاتباع لاقسط لها مما يقابل بالاصل لعدم دخولها تحت العقد مقصودا (وان بقى) اى النماء (وهلك الاصل فك بقسطه) اى افتكه الراهن بقسطه (يقسم الدين على قيمته اى قيمة النماء (يوم الفكاك) بالفتح والكسر (وقيمة الاصل) اى محل الرهن (يوم القبض) لان الرهن يصير مضمونا بالقبض والزيادة تصير مقصودة بالفكاك اذا بقى الى وقته والتبع يقابله شئ اذا كان مقصودا كولد المبيع فانه قبل القبض لا حصة له من الثمن فاذا قبضه المشترى وصار مقصودا بالقبض صار له حصة من الثمن (ويسقط من الدين حصة الاصل) اى ما اصاب الاصل يسقط من الدين لانه يقابله الاصل مقصودا (ويفك النماء بحصته) اى ما اصاب النماء افتكه الراهن به (الزيادة تصح فى الرهن) مثل ان يرهن ثوبا بعشرة يساوى عشرة ثم زيد الراهن ثوبا آخر ليكون مع الاول رهنا بالعشرة (لا الدين) مثل ان يقول الراهن افرضنى خمسمائة اخرى على ان يكون العبد الذى عندك رهنا بألف والفرق ان الاصل المقرر بينهم ان الالحاق باصل العقد انما يتصور اذا كانت الزيادة فى المعقود عليه او المعقود به فالزيادة فى الدين ليست شيأ منهما اما كونها غير معقود عليه فظاهر واما كونها غير معقود به فلوجوده بسببه قبل الرهن بخلاف الرهن فانه معقود عليه لانه يمكن محبوسا قبل عقد الرهن ولا يبقى بعده (رهن عبدا يساوى الفا فدفع مثله) اى عبدا يساوى الفا (رهنا بدله فهو) اى الاول (رهن حتى يرده الى راهنه والمرتهن امين فى الثانى حتى يجعله مكان الاول) لان الاول دخل فى ضمانه بالقبض والدين فلا يخرج عنه ما بقيا الا بنقض القبض فاذا كان الاول فى ضمانه لا يدخل الثانى فيه لانهما رضيا بدخول احدهما فيه فاذا زال الاول دخل الثانى فى ضمانه ثم قيل يشترط تجديد القبض منه لان يد المرتهن على الثانى يد امانة ويد الراهن يد استيفاء وضمان فلان ينوب عنه وقيل لا يشترط لان الرهن تبرع كالهبة وعينه امانة كما عرفت وقبض الامانة ينوب عن قبض الامانة (ابرأ المرتهن الراهن عن دينه فقبله) اى قبل الراهن الابراء (او وهبه له فهلك الرهن) فى يد المرتهن بلا منع من صاحبه (هلك مجانا) استحسانا وقال زفر يضمن قيمته للراهن وهو القياس لان القبض وقع مضمونا فبقى كذلك ما بقى القبض ووجه الاستحسان ان ضمان الرهن باعتبار القبض والدين لانه ضمان استيفاء وذا لا يتحقق الا باعتبار الدين وبالابراء لم يبق احدهما وهو الدين والحكم الثابت بعلة ذات وصفين يزول بزوال احدهما ولهذا لو رد الرهن سقط الضمان لعدم القبض وان بقى الدين فكذا اذا ابرأ عن الدين سقط الضمان لعدم الدين وان بقى القبض (ولو استوفاه) اى المرتهن دينه (بالتمام او بعضه بايفاء الراهن او متطوع او شرائه عينا به) اى بالدين (او صلحه عنه) اى عن الدين (على عين او احالته مرتهنه بدينه على آخر فهلك فى يده) اى المرتهن (هلك بالدين) لان نفس الدين لا يسقط بالاستيفاء ونحوه لما تقرر ان الديون تقضى بامثالها لا بانفسها لكن الاستيفاء يتعذر لعدم الفائدة لانه يعقب مطالبة مثله فاذا هلك الرهن تقرر

(قوله وهلك) يعنى النماء مجانا كذا لو استهلكه باذن المالك بأن قال مهما زاد فكله فلا ضمان عليه ولا يسقط شئ من الدين ويجوز تعليقه بالشرط واذا افتك الراهن قسم الدين على الزيادة المستهلكة والاصل فما اصابه سقط وما اصاب الزيادة اخذه المرتهن من الراهن كما فى التبيين (قوله لا الدين) يعنى ان الزيادة فى الدين لا تصح يعنى ان الرهن لا يكون رهنا بالزيادة مع الاصل واما نفس الزيادة فصحيحة لان الاستدانة بعد الاستدانة قبل قضاء الاول جائزة اجماعا (قوله واما كونها غير معقود به فلوجوده بسببه قبل الرهن) يعنى فلوجود الدين بسببه وهو الاستدانة قبل الرهن لانه لو فسخ الرهن بقى الدين (قوله ويد الراهن يد استيفاء وضمان) صوابه ويد المرتهن فتأمل (قوله ابرأ المرتهن الراهن عن دينه فقبله) القبول ليس بشرط فى الابراء لما قال فى جامع الفصولين ابرأ مديونه فسكت يبرأ ولو رد يرتد برده اه

الاستيفاء الاول فانتقض الاستيفاء الثانى (ورد ماقبض الى من ادى) فى صورة ايفاء الراهن اوالمتطوع اوالشراء اوالصلح (وبطلت الحوالة) وهلاك الرهن بالدين اذبالحوالة لايسقط الدين ولكن ذمة المحتال عليه تقوم مقام ذمة المحيل ولهذا يعود الى ذمة المحيل اذامات المحتال عليه مفلسا (كذا) اى كما يهلك الرهن بالدين فى الصور المذكورة يهلك به ايضا (اذاهلك بعدتصادقهما على ان لادين) لان الرهن مضمون بالدين او بجهته عندتوهم الوجود كما فى الدين الموعود وقد بقيت الجهة لاحتمال ان يتصادقا على قيام الدين بعد تصادقهما على عدم الدين بخلاف الابراء لانه سقط به

كتاب الغصب

اورده عقيب كتاب الرهن لان فى الاول حبسا شرعيا وفى الثانى حبسا غير شرعى (هو) لغة اخذ الشئ من الغير بالتغلب متقوما اولا يقال غصب زوجة فلان وخمر فلان وشرعا (اخذمال) هو بمنزلة الجنس (متقوم) احتراز من الخمر (محترم) احتراز عن مال الحربى فانه غير محترم (من يد مالكه بلااذنه) احتراز عن اخذه من يد المالك باذنه واشارة الى ان ازالة يد المالك معتبرة فى الغصب عندنا وعند الشافعى هو اثبات يد العدوان عليه وثمرة الخلاف تظهر فى زوائد المغصوب كولد المغصوبة وثمرة البستان فانها ليست بمضمونة عندنا لعدم ازالة اليد وعنده مضمونة لاثبات اليد فالحاصل ان المعتبر فى الغصب عندنا ازالة اليد المحقة واثبات اليد المبطلة وعند الشافعى المعتبر هو الثانى فقط (لاخفية) احتراز عن السرقة (فاستخدام العبد وتحميل الدابة) اى وضع الحمل عليها (غصب) لوجود ازالة اليد المحقة واثبات اليد المبطلة فيهما (لاجلوسه على البساط) لعدم ازالة اليد بالاستيلاء اذ لم يوجد منه النقل والتحويل والبسط فعل المالك وقد بقى اثر فعله فى الاستعمال فلم يكن آخذا من يده (وحكمه الاثم لمن علم) انه مال الغير (ورد العين قائمة والغرم هالكة ولغير) اى لغير من علم (الاخيران) لانه حق الغير فلايتوقف على علمه ولا اثم لانه خطأ وهو مرفوع بالحديث (ويجب المثل فى المثلى) كالمكيل والموزون والعددى المتقارب لقوله تعالى فاعتدوا عليه بمثل مااعتدى عليكم الآية المراد بالمثلى مايوجد له مثل فى الاسواق بلاتفاوت بين اجزائه يعتد به ومالايكون كذلك فهو قيمى ثم المثلى قد يكون مصنوعا بحيث تخرجه الصنعة من المثلية بجعله نادرا بالنسبة الى اصله كالقمقمة والقدر والابريق فيكون قيميا وقد يكون مصنوعا بحيث لاتخرجه الصنعة من المثلية لبقاء كثرته وعدم تفاوته كالدراهم المضروبة والدنانير (فان انقطع) اى المثلى (فقيمته يوم الخصومة) وعند ابى يوسف يوم الغصب وعند محمد يوم الانقطاع لابى يوسف انه لما انقطع التحق بما لامثل له فيعتبر قيمته يوم انعقاد السبب لانه هو الموجب ولمحمد ان الواجب المثل فى الذمة وانما ينتقل الى القيمة بالانقطاع فيعتبر قيمته يوم الانقطاع ولابى حنيفة ان النقل لايثبت بمجرد الانقطاع ولهذا لوصبر الى ان يوجد مثله فله ذلك وبقضاء القاضى ينتقل فتعتبر قيمته يوم الخصومة والقضاء (و) تجب

كتاب الغصب

(قوله يقال غصب زوجة فلان وخمر فلان) انما ذكر المثالين ليبين انه لافرق بين ما اذا كان مالا وليس بمتقوم كالخمر اوليس بمال اصلا كالزوجة (قوله احتراز عن مال الحربى) كذا فى النهاية والتبيين لكن مع زيادة كونه فى دار الحربى) قوله ويجب المثل فى المثلى كالمكيل والموزون) قال فى النهاية ذكر فى المغنى والذخيرة ان مشايخنا استثنوا من الموزونات الناطف المبزر بتقديم الزاى والدهن المربى فقالوا بضمان القيمة فيهما لان الناطف يتفاوت بتفاوت البزر وكذلك الدهن المربى اه (قوله فان انقطع) اى المثلى قال فى النهاية عن الذخيرة حد الانقطاع ماذكره الفقيه ابوبكر البلخى رحمه الله ان لايوجد فى السوق الذى يباع فيه وان كان يوجد فى البيوت

(قوله فان ادعى الهلاك) يعنى بعد ما اقر وشهدوا عليه باقراره بالغصب وكذا لو شهدوا على معاينة فعل الغصب على الاصح وتكون هذه الدعوى والشهادة صحيحة للضرورة لامتناع الغاصب عادة من احضار المغصوب وحين الغصب انما يأتى من الشهود معاينة فعل الغصب دون العلم بأوصاف المغصوب فيسقط اعتبار علمهم بالاوصاف لاجل العذر كما فى النهاية (قوله حبس حتى يعلم) يعنى القاضى لا يعجل بالقضاء وليس لمدة التلوم مقدار بل ذلك موكول الى رأى القاضى وهذا التلوم اذا لم يرض المغصوب منه بالقضاء بالقيمة له واما اذا رضى بذلك او تلوم القاضى فان اتفقا على قيمتها على شئ او اقام المغصوب منه البينة على ما يدعى من قيمتها قضى بذلك (قوله ثم قضى عليه بالبدل) هذا على ﴿ ٢٦٣ ﴾ ما ذكره فى غصب الاصل ان القاضى يتلوم رجاء ان يظهر المغصوب وذكر فى السير ان الغاصب اذا غيب المغصوب فان القاضى يقضى عليه بالقيمة من غير تلوم فقيل ليس فى المسئلة روايتان ولكن ما ذكر فى السير جواب الجواز معناه لو قضى فى الحال جاز وما ذكر فى الغصب جواب الافضل يعنى الافضل التلوم وقيل فى المسئلة روايتان كذا فى النهاية (قوله اى برهن انه مات عند مالكه) يعنى بعد الرد (قوله وهو فيما ينقل ويحول) ويتحقق فى المنقول بالنقل ولا يتحقق بدونه لكن ما لم يتصرف فيه تصرف الملاك فاذا تصرف قيل يكون غاصبا بدون النقل لانه ذكر فى الذخيرة والمغنى انه اذا ركب دابة رجل حال غيبته بغير امره ثم نزل عنها وتركها فى مكانه ذكر فى آخر كتاب اللقطة ان عليه الضمان وذكر الناطفى فى واقعاته فيه اختلاف الروايات ثم قال والصحيح انه لا يضمن على قول ابى حنيفة رحمه الله لان غصب المنقول لا يتحقق بدون النقل كما فى النهاية (قوله قيل قائله عماد الدين الخ) تعبيره بقيل ربما يشعر بالضعف وليس فى كلام الفصول ثم قوله الاصح انه يضمن بالبيع والتسليم وبالجحود فى الوديعة يفيد الاختلاف فيه وما قاله فى جامع الفصلين يضمن بالبيع بالاتفاق والعقار يضمن بالانكار عند ابى حنيفة حتى لو اودع رجلا وجحد الوديعة هل يضمن فيه روايتان ايضا عن ابى حنيفة والاصح ان العقار يضمن بالبيع والتسليم ويضمن ايضا بالجحود اه يفيد اوله انه لا خلاف فيه وآخره ان فيه خلافا اه ثم قول المصنف يعنى اذا كان العقار وديعة عنده فجحد كان ضامنا بالاتفاق اه يفيد انه لا خلاف فى مسئلة الوديعة وكلامه متنا مشعر بالخلاف وليس دعوى الاتفاق الا فى مسئلة البيع على ما يقتضيه اول كلام جامع الفصولين وان كان آخره يقتضى الخلاف

(القيمة فى القيمى) كالعروض والحيونات والعددى المتفاوت (يوم غصبه) لانه مطالب بالقيمة حين غصبه فيعتبر عند قيمته ذلك (فان ادعى) اى الغاصب (الهلاك حبس حتى يعلم انه) اى المغصوب (لو بقى لظهر ثم قضى عليه بالبدل) لان حق المالك ثابت فى العين فلا يقبل قوله فيه حتى يغلب على ظنه انه صادق كما اذا ادعى المديون الافلاس (رهن) اى المالك (انه مات عند غاصبه وقلب الغاصب) اى برهن انه مات عند مالكه (فبينته) اى الغصب (اولى عند محمد) لان وجوب الضمان بالغصب ثابت ظاهرا واثبات الرد عارض والبينة لمن يدعى خلاف الظاهر (وبينة المالك اولى عند ابى يوسف) لان حاصل اختلافهما فى الضمان وفى بينته اثباته (وهو) اى الغصب انما يتحقق (فيما ينقل) ويحول لما عرفت انه ازالة المال عن يد مالكه باثبات اليد عليه ولا يمكن تحقيقه الا فى المنقول لا العقار الذى لا ينقل ولا يحول (فلو اخذ عقارا او هلك فى يده) بان غلب السيل على الارض فبقيت تحت الماء او غصب دارا فانهدمت بآفة سماوية او جاء سيل فذهب بالبناء (لم يضمن) لانتفاء شرطه وهو الغصب (قيل) قائله عماد الدين والاستروشنى فى فصوليهما (الاصح انه يضمن بالبيع والتسليم وبالجحود فى الوديعة) يعنى اذا كان العقار وديعة عنده فجحد كان ضامنا بالاتفاق (وبالرجوع عن الشهادة) بان شهدا على رجل بالدار ثم رجعا بعد القضاء ضمنا (وضمن فيهما) اى فى العقار والمنقول (ما نقص) مفعول ضمن (بفعله) متعلق بقوله نقص (وسكناه) هذا بيان الضمان فى العقار العبارة الصادرة من المشايخ ههنا ما ذكرنا وبين شراح الهداية وغيرهم الفعل بالهدم والسكنى بالسكنى المخصوصة وهى ان تكون مقارنة بعمل يفضى الى انهدام البنا كالحدادة والقصارة حتى قالوا فى شرح قول الهداية ويدخل فيما قاله اذا انهدم الدار بسكناه وعمله قيد بعمله لانه اذا انهدمت الدار بعدما غصب وسكن فيها لا بسكناه وعمله بل بآفة سماوية فلا ضمان عليه عند ابى حنيفة وابى يوسف فظهر ان مرادهم بان سبب النقص الاول ما يوجبه ابتداء وهو الهدم والثانى ما يفضى اليه بالآخرة وهو السكنى الخاصة وقد

غير صاحب الوقاية هذه العبارة فقال وما نقص بفعله كسكناه فلزم عليه ان السكنى ان قيدت بالعمل الموهن لم يبق للسبب الاول اعنى الهدم تعرض والا لزم كون السكنى المجردة من العمل الموهن سببا للضمان وقد عرفت ان الدار مع السكنى اذا انهدمت بآفة سماوية ليس فيها ضمان وعندى نسخة منقولة من خط المصنف وكانت العبارة المكتوبة فيها اولا كما فى الهداية وغيرها ثم غيرها وتبعه صدر الشريعة والصواب ما يوافق الهداية (وزرعه) فان الارض المغصوبة اذا انتقصت بالزراعة يغرم النقصان لانه اتلف البعض (او باجارة عبد غصبه) عطف على بفعله وبيان للضمان فى المنقول اى ضمن ايضا ما نقص باجارة عبد غصبه فحصل له فى مدة الاجارة نقص بسبب استغلاله (بخلاف المبيع) يعنى اذا انتقص شئ من قيمة المبيع فى يد البائع بفوات وصف منه قبل ان يقبضه المشترى لا يضمن البائع شيئا لنقصانه حتى لا يسقط شئ من الثمن وان فحش النقصان (وتراجع السعر اذا رد فى مكان الغصب) يعنى اذا رد الغاصب المغصوب الى مالكه بعد نقصان السعر فان كان الرد فى مكان الغصب فلا ضمان عليه لان تراجعه بفتور الرغبات لا بفوات جزء وان لم يكن فيه يخير المالك بين اخذ القيمة وبين الانتظار الى الذهاب الى ذلك المكان ليسترده لان النقصان حصل من قبل الغاصب بنقله الى هكذا المكان فكان له ان يلتزم الضرر ويطالبه بالقيمة وله ان ينتظر (وتصدق باجره) عطف على ضمن اى اذا غصب عبدا مثلا وآجره واخذ اجرته فنقصه بالاستعمال وضمن ما نقص تصدق باجر اخذه عند ابى حنيفة ومحمد واصله ان الغلة للغاصب عندنا خلافا للشافعى لان المنافع لا تتقوم الا بالعقد والعاقد هو الغاصب فهو الذى جعل منافع العبد مالا بعقده فكان هو اولى ببدلها ويؤمر ان يتصدق بها لاستفادتها ببدل خبيث وهو التصرف فى مال الغير (واجر مستعاره) اى اذا استعار شيأ وآجره واخذ اجره ملكه ويجب عليه تصدقه لما ذكر (وربح) اى تصدق ايضا بربح (حصل بالتصرف فى مودعه ومغصوبه متعينا بالاشارة او بالشراء بدراهم الوديعة او الغصب ونقدها فان اشار اليها ونقد غيرها او الى غيرها او اطلق ونقدها لا) يعنى ان المودع او الغاصب اذا تصرف فى الوديعة او المغصوب وربح يتصدق به عند ابى حنيفة ومحمد وهذا واضح فيما يتعين بالاشارة اليه كالعروض ونحوها لان العقد يتعلق به حتى لو هلك قبل القبض يبطل البيع فيستفيد الرقبة واليد فى المبيع بملك خبيث فيتصدق به اما فيما لا يتعين كالدراهم والدنانير فقد ذكر فى الجامع الصغير اذا اشترى بها فانه يتصدق بالربح فظاهر هذه العبارة يدل على انه اراد به اذا اشار اليها ونقد منها واما اذا اشار اليها ونقد من غيرها او اطلق ونقد منها او اشار الى غيرها ونقد منها ففى كل ذلك يطيب له لان الاشارة اليها لا تفيد التعيين فيستوى وجودها وعدمها الا ان يتأكد بالنقد منها وبه كان يفتى الامام ابو الليث وفى الكافى قال مشايخنا لا يطيب بكل حال ان يتناول من المشترى قبل ان يضمن

(قوله فلزم عليه ان السكنى ان قيدت بالعمل الموهن لم يبق للسبب الاول اعنى الهدم تعرض الخ) قال الشيخ العلامة على المقدسى رحمه الله اقول يمكن ان نختار الاول وهو التقييد ويفهم وجوب الضمان بالهدم

بالدلالة لانه اذا كان الـ[illegible]ل الذى لا يقصد به الانهدام يوجب الضمان فالهدم بطريق الاولى ان يوجب فتأمل اه (قوله وزرعه) اختلفوا فى تأويل نقصان الارض به قال نصير بن يحيى رحمه الله انه ينظر بكم تستأجر قبل استعمالها وبكم بعده فتفاوت ما بينهما نقصانها وقال محمد بن سلمة رحمه الله ينظر بكم تشترى قبل استعمالها وبكم تشترى بعده فتفاوت ما بينهما نقصانها قيل رجع محمد بن سلمة الى قول نصير كذا فى النهاية وقال فى التبيين وهو يعنى قول محمد بن سلمة الاقيس لان العبرة لقيمة العين دون المنفعة اه (قوله اى ضمن ما نقص باجارة عبد غصبه) كذا لو استعاره فأجره لانه يصيره غاصبا والمراد نقصان العين لا القيمة بتراجع السعر كما سيذكره (قوله بخلاف المبيع الخ) الفرق بين الغصب والبيع ان الاوصاف لا تضمن بالعقد بل بالفعل فاذا لم يضمن فى البيع ليس للمشترى الا الخيار (قوله وتصدق باجره الخ) هذا عندهما وقال ابو يوسف لا يتصدق به وقال الزيلعى كان ينبغى ان يتصدق بما زاد على ما ضمن عندهما لا بالغلة كلها (قوله اما فيما لا يتعين كالدراهم والدنانير الخ) كذا ذكر الزيلعى هذا التقسيم عن الكرخى على اربعة اوجه وذكر الاختيار المذكور ايضا ثم قال واختيار بعضهم الفتوى بقول الكرخى فى زماننا لكثرة الحرام اه ولعله اراد بالبعض الفقيه السمرقندى اه والاختلاف بينهم فى التصدق فيما اذا صار بالتقلب من جنس ما ضمن بان ضمن دراهم مثلا وصار فى يده من بدل المضمون دراهم وان كان من غيرها كطعام وعروض لا يجب عليه التصدق بالاجماع كما فى التبيين

(وبعد)

وبعد الضمان لا يطيب له الربح بكل حال وهو المختار لاطلاق الجواب في الجامعين والعمادية آجره) اى الغاصب (فاجاز مالكه في المدة فعند ابي يوسف اجر ما مضى قبل الاجارة وما بقي لمالكه) لان الغاصب فضولي في حق مالكه (وعند محمد أجر ما مضى لغاصبه) لانه العاقد (ومابقي لمالكه) لان الغاصب فضولي في حق مالكه (كذا) اى على هذا الخلاف (لو آجره فاستحق في المدة واجاز المستحق) لانه كالمالك (غصب) اى رجل (مالا وغيره) اى المغصوب (بفعله) احتراز عما اذا تغير بغيره فعله مثل ان صار العنب زبيبا بنفسه او الرطب تمرا فان المالك فيه بالخيار ان شاء اخذه وان شاء تركه وضمنه (فزال اسمه ففات اعظم منافعه) احتراز عما اذا غصب شاة فذبحها فان ملك مالكها لم يزل بالذبح المجرد اذ لم يزل اسمها حيث يقال شاة مذبوحة ولم يقل واعظم منافعه لان من قاله قصد به او له اخنطة اذا غصبها او طحنها فان المقاصد المتعلقة بعين الحنطة كجعلها هريسة ونحوها تزول بالطحن ولا حاجة اليه لان قوله زال اسمه مغن عنه لانه يلزمه (او اختلط) اى المغصوب (بملك الغاصب بحيث لم يتميز اصلا) كاختلاط بره ببره او شعيره بشعير (او) لم يتميز (الابحرج) كاختلاط بره بشعيره او العكس (ضمنه) اى الغاصب المغصوب (وملكه) اما الضمان في صورة التغيير وزوال الاسم فلكونه متعديا واما الملك فلانه احدث صنعة متقومة لان قيمة الشاة تزداد بطبخها او شيها وكذا قيمة الحنطة تزداد بجعلها دقيقا واحداثها صير حق المالك هالكا من وجه حتى تبدل الاسم وفات اعظم المنافع وحق الغاصب في الصنعة قائم من كل وجه فيكون راجحا على الهالك من وجه على ما تقرر في الاصول ان ضربي الترجيح اذا تعارضا كان الرجحان في الذات احق منه في الحال واما الضمان في الاختلاط فلكونه متعديا فيه ايضا واما الملك فلئلا يجتمع البدلان في ملك المغصوب منه (بلا حل) متعلق بملكه (قبل الرضا) اى رضا المالك اما باداء بدله او ابرائه او تضمين القاضي وهذا استحسان والقياس الحل لان ملكه ثبت بكسبه والملك يجوز التصرف بلا توقف على رضا غيره ولهذا لو وهبه او باعه صح وجه الاستحسان قوله صلى الله عليه وسلم في الشاة المذبوحة المصلقة بلا رضا صاحبها اطعموها الاسرى فافاد الامر بالتصدق زوال ملك المالك وحرمة الانتفاع للغاصب قبل الارضا ولان في اباحة الانتفاع فتح باب الغصب فيحرم قبل الارضا حسما لمادة الفساد ونفذ بيعه وهبته مع الحرمة لقيام الملك كما في البيع الفاسد (كذبح شاة وطبخها او شيها وطحن بر او زرعه وجعل حديد سيفا او البناء على ساجة) وهي شجر عظيم جدا لا تنبت الا ببلاد الهند (وان ضرب الحجرين درهما او دينارا او اناء فلمالكه بلا شيء) لان العين باقية من كل وجه ومعناه الاصلي الثمنية وكونه موزونا وهما باقيان حتى جرى فيه الربا باعتبارهما (ذبح شاة غيره طرحها) اى ذلك الغير شاته (عليه) اى الذابح (واخذ قيمتها او اخذها) اى الشاة المذبوحة يعني ان المالك مخير ان شاء ضمنه قيمتها وسلم الشاة اليه وان شاء اخذها (وضمن نقصانها) لانه اتلاف من وجه لفوات بعض المنافع كالحمل والدر والنسل وبقاء بعضها وهو اللحم وان كانت الدابة غير مأكولة اللحم فقطع الغاصب طرفها

(قوله ولم يقل واعظم منافعه الخ) على هذا كان ينبغي ان لا يذكر ماقدمه بقوله ففات اعظم منافعه وان كان شرحا (قوله والبناء على ساجة) بالجيم والساحة بالحاء المهملة يأتي ذكرها والحكم بزوال ملك مالكها اذا كانت قيمة بناء الغاصب عليها اكثر من قيمتها والا فلا كما في النهاية والتبيين وقال في الذخيرة لم يذكر في الاصل ما اذا اراد الغاصب ان ينقض البناء ويرد الساجة مع انه تملكها بالضمان هل يحل له ذلك وهذا على وجهين ان كان القاضي قضى عليه بالقيمة لا يحل له نقض البناء واذا نقض لم يستطع رد الساجة وان لم يقض اختلف المشايخ فيه بعضهم قالوا يحل وبعضهم قالوا لا يحل لما فيه من تضييع المال من غير فائدة كذا في النهاية واذا كانت قيمة الساجة والبناء سواء فان اصطلحا على شيء جاز وان تنازعا بيع البناء عليهما ويقسم الثمن بينهما على قدر مالهما كذا في البزازية

(قوله كذا لو خرق ثوبا او فوت بعضه وبعض نفعه) لفظ الثوب يحتمل لما يلبس كالقميص وهو ظاهر ولما لا يلبس كالكرباس كذا في النهاية وانما عبر بما ذكر اكتفاء بالصحيح في معرفة الخرق الفاحش لان المتأخرين اختلفوا في الحد الفاصل بين الفاحش واليسير بعضهم قالوا ان اوجب نقصان ربع القيمة فصاعدا فهو فاحش وان دون ذلك فهو يسير وقال بعضهم ان اوجب نقصان نصف القيمة فهو فاحش وما دونه يسير وقال بعضهم الفاحش ما لا يصلح لثوب ما واليسير ما يصلح وقال شيخ الاسلام ما ذكر من التحديد من هذه الوجوه الثلاثة لا يصح وذكر وجهه في النهاية ثم قال فالصحيح ما قال محمد ان الخرق الفاحش ما يفوت به بعض العين وبعض المنفعة بأن فات جنس المنفعة وبقي بعض العين وبعض المنفعة واليسير من الخرق ما لا يفوت به شيء من المنفعة وانما يفوت جودته ويدخل بسببه نقصان في المالية اه لكن يتأمل في تفسير فوات بعض المنفعة بفوات جنس المنفعة ولعل المراد يظهر بقول الزيلعي والصحيح ان الفاحش ما يفوت به بعض العين وجنس المنفعة ويبقى بعض العين وبعض المنفعة اه بقراءة وجنس المنفعة بالجر عطفا على المضاف اليه وهو العين فيكون العامل فيه لفظ بعض لقوله بعده ويبقى بعض العين وبعض المنفعة (قوله وفي خرق يسير الخ) قال الزيلعي وليس له غير الرجوع بالنقصان لان العين قائمة من كل وجه وانما دخله عيب اه وهذا اذا قطع الثوب قميصا ولم يخطه فان خاطه ينقطع حق المالك عندنا كذا في النهاية عن الذخيرة (قوله هذا اذا كانت قيمة الساحة) هو بالحاء المهملة والتقييد ذكره في النهاية ثم قال وهذا اي التقييد بما ذكر اقرب في مسائل حفظت عن محمد رحمه الله تعالى او ابتلعت دجاجة لؤلؤة الغير الخ (قوله لانه صاحب اصل والغاصب صاحب وصف) كذا الخيار ثابت لصاحب السويق اذ هو اصل والسمن تبع (قوله وان سود الخ) مروي عن ابي حنيفة رحمه الله تعالى وعندهما هو زيادة كالحمرة وهو اختلاف عصر وزمان فالمعتبر الزيادة والنقص ﴿فصل﴾ (قوله ملكه ملكا مستندا الى وقت الغصب) الاستناد ليس من كل وجه اذ لا يملك الولد

يضمنه المالك جمع فيهما لوجود الاستهلاك من كل وجه (كذا لو خرق ثوبا وفوت بعضه وبعض نفعه) يعني ان المالك مخير فيه ان شاء ضمن الغاصب كل قيمة ثوبه وكان الثوب للغاصب وان شاء اخذ الثوب وضمنه النقصان لما ذكر (ولو) فوت (كله ضمن) اي الغاصب (كلها) اي كل القيمة (وفي) خرق (يسير نقصه بلا تفويت شيء منه ضمن ما نقص) واخذ رب الثوب ثوبه لان العين قائمة من كل وجه (بني في ارض غيره او غرس قلعا) اي البناء والغرس (وردت) لان الارض لا تغصب حقيقة فيبقى فيها حق المالك كما كان والغاصب جعلها مشغولة فيؤمر بتفريغها كما لو شغل ظرف غيره بطعامه (ولمالكها) اي الارض (ان يضمن له) اي للباني او الغارس (قيمتهما) اي قيمة البناء او الغرس (ان نقصت) اي الارض (به) اي بالبناء او الغرس وبين طريق معرفة قيمتهما بقوله (فتقوم) اي الارض (بدونهما) اي بدون البناء او الغرس (ومع احدهما) حال كونه (مستحق القلع فيضمن الفضل) فان قيمة الشجر والبناء المستحق القلع اقل من قيمته مقلوعا فقيمة المقلوع اذا نقصت منها اجرة القلع كان الباقي قيمة الشجر المستحق القلع فاذا كانت قيمة الارض مائة وقيمة الشجر المقلوع عشرة واجرة القلع درهما بقي تسعة دراهم فالارض مع هذا الشجر تقوم بمائة وتسعة دراهم فيضمن المالك التسعة (هذا اذا كانت قيمة الساحة اكثر من قيمة البناء او الغرس واذا عكس فللغاصب ان يضمن له قيمة الساحة فيأخذها) اي الساحة كذا في النهاية (حمر الثوب) الذي غصبه (او صفر او لت السويق) الذي غصبه (بسمن) فالمالك بالخيار ان شاء (ضمنه) اي الثوب حال كونه (ابيض) يعني اخذ منه قيمة ثوب ابيض (ومثل سويقه) وسلمه الى الغاصب لانه من المثليات (او اخذهما) اي الثوب والسويق (وضمن ما زاد الصبغ والسمن) لان الصبغ مال متقوم كالثوب وبغصبه وصبغه لا يسقط حرمة ماله ويجب صيانتهما ما امكن وذا في معنى ايصال مال احدهما اليه وابقاء حق الآخر في عين ماله وهو فيما قلنا من التخيير الا انا اثبتنا الخيار لرب الثوب لانه صاحب اصل والغاصب صاحب وصف (وان سود) اي الغاصب (ضمنه) اي المالك (ابيض او اخذه ولا شيء للغاصب) من اجر التسويد لانه نقص

﴿ فصل ﴾

(غيب) اي الغاصب (ما غصب وضمن قيمته ملكه) اي الغاصب ملكا (مستندا) الى وقت الغصب وقال الشافعي لا يملكه لان الغصب تعد محض فلا يكون سببا للملك لانه حكم شرعي فيستدعي سببا مشروعا ولنا ان المالك ملك بدل المغصوب بكماله اي رقبة ويدا فوجب ان يخرج المغصوب عن ملكه لئلا

(يجتمع)

(قوله والازم ثبوت الملك بلامالك) الاولى ان يعلل بأنه لما تعذر رد العين وقضى بالقيمة عند العجز بطريق الجبران ثبت الملك للغاصب شرطا للقضاء بالقيمة اه لانه قد يوجد الملك بلامالك كسدنة الكعبة المشرفة (قوله الاان يبرهن المالك) قال فى النهاية ولا يشترط فى دعوى المالك ذكر اوصاف المغصوب بخلاف سائر الدعاوى وينبغى ان تحفظ هذه المسئلة اه (قوله وان برهن المالك قبل والاصدق الغاصب بيمينه فى نفى الزيادة) يشير الى عدم قبول بينة الغاصب وبه صرح فى النهاية قال لاتقبل لانها تنفى

يجتمع البدل والمبدل فى ملك شخص واحد ووجب ان يدخل فى ملك الغاصب والازم ثبوت الملك بلامالك (وصدق) اى الغاصب (فى قيمة) اى المغصوب (بيمينه ان لم يبرهن المالك للزيادة) يعنى ان ادعى المالك زيادة قيمة المغصوب وانكرها الغاصب فان برهن المالك قبل والاصدق الغاصب بيمينه فى نفى الزيادة كما فى سائر الدعاوى (فان ظهر) اى المغصوب (وهى) اى قيمة (اكثر) مما ضمن الغاصب (وقد ضمن بقوله) مع يمينه (اخذه) اى المغصوب (المالك ورد عوضه اوامضى) اى المالك (الضمان) لان رضاه بهذا القدر لم يتم حيث ادعى الزيادة وانما اخذ دونها لعدم البينة (ولو) ضمن الغاصب بقول مالكه او بحجته) اى بحجة مالكه (او نكول الغاصب فهوله) اى للغاصب (ولا خيار للمالك) لانه رضى بالمبادلة بهذا القدر حيث ادعى هذا القدر فقط (ونفذ بيع غاصب ضمن بعد بيعه لا اعتاقه كذلك) اى اذا ضمن بعد الاعتاق لان الملك الثابت للغاصب ناقص لثبوته مستندا والثابت مستندا ثابت من وجه دون وجه والملك الناقص يكفى لنفاذ البيع دون العتق (وزوائد المغصوب مطلقا) اى سواء كانت متصلة كالسمن والحسن او منفصلة كالولد والثمر (لاتضمن الا بالتعدى او المنع بعد الطلب) لانها امانة وحكمها هذا (وما نقصت الجارية بالولادة مضمون ويجبر بولدها) اى اذا ولدت الجارية المغصوبة ولدا كان النقصان مضمونا على الغاصب فان كان فى قيمة الولد وفاء به جبر النقصان بالولد ويسقط ضمانه عن الغاصب والا فيسقط بحسابه (زنى بامة غصبها) فحبلت (فردت حاملا فولدت فماتت ضمن قيمتها) لانه لم يردها كما اخذها لانه اخذها ولم ينعقد فيها سبب التلف وردها وفيها ذلك فصار كما اذا جنت جناية فى يد الغاصب فقتلت بها او دفعت بها بعد الرد فانه يرجع بقيمتها على الغاصب كذا هذا (بخلاف الحرة) يعنى اذا زنى بها رجل مكرهة فحبلت فماتت فى نفاسها فانها لاتضمن بالغصب ليبقى عند فساد الرد ضمان الاخذ (زنى بها) اى بامة غصبها (واستولدها) اى حبلت منه (فادعى ثبت النسب) بعد ارضاء المالك لان التضمين ممن له حق التضمين اورث شبهة والنسب يثبت بها كما لو زفت له غير امرأته (والولد رقيق) لان الحرية لاتثبت بالشبهة كذا فى الكافى (المنافع) كركوب الدابة وسكنى الدار واستخدام المملوك (لاتضمن بالغصب والاتلاف) صورة غصب المنافع ان يغصب عبدا مثلا ويمسكه شهرا ولا يستعمله ثم يرده على سيده وصورة اتلاف المنافع ان يستعمل العبد شهرا ثم يرده على سيده كذا فى الكافى (بل) يضمن (ما ينقص باستعماله) فيغرم النقصان (الا ان يكون) اى المغصوب استثناء من قوله لايضمن (وقفا او مال يتيم) فان منافعهما تضمن كذا فى

الزيادة والبينة على النفى لاتقبل قال بعض مشايخنا ينبغى ان تقبل بينة الغاصب لاسقاط اليمين عن نفسه كالمودع على رد الوديعة وكان القاضى ابو على النسفى رحمه الله تعالى يقول هذه المسئلة عدت مشكلة ومن المشايخ من فرق بين مسئلة الوديعة وبين هذه وهو الصحيح اه (قوله فان ظهر اى المغصوب وهى اى قيمته اكثر الخ) كذا الخيار للمالك ان ظهر المغصوب وقيمته مثل ما ضمن الغاصب واقل وقد ضمن بقوله فى ظاهر الرواية وهو الاصح كما فى النهاية والتبيين وللغاصب حبس العين حتى يأخذ القيمة (قوله او نكول الغاصب) اى عن الحلف بأن القيمة ليست كما ادعى المالك (قوله وما نقصت الجارية بالولادة الخ هذا او بقيت فان ماتت وبالولد وفاء بقيمتها فى هذه المسئلة ثلاث روايات عن الامام رحمه الله تعالى يبرأ برد الولد يجبر بالولد قدر نقصان الولادة ويضمن مازاد على ذلك من قيمة الام وفى ظاهر الرواية عليه رد قيمتها يوم الغصب كما كما فى النهاية عن المبسوط (قوله فردت حاملا فولدت فماتت ضمن قيمتها) يعنى ماتت بسبب الولادة لا على فورها ولو قال فى النهاية قيد بالموت فى نفاسها ليكون الموت فى اثر الولادة اه وقا

قاضيخان وماتت فى الولادة او فى النفاس فان على قول ابى حنيفة ان كان ظهر الحبل عند المولى لاقل من ستة اشهر من وقت الغاصب ضمن قيمتها يوم الغصب اه وقال فى المواهب عليه قيمتها يوم العلوق عند ابى حنيفة وقالا عليه نقص الحبل على الاصح اه (قوله الاان يكون وقفا او مال يتيم) كذا اذا كان معدا للاستغلال بأن بناها لذلك اواشتراها له فانه يضمن المنفعة الا اذا سكنه بتأويل ملك او عقد كبيت سكنه احد الشريكين كما فى الاشباه والنظائر اه وينظر ما لو عطل المنفعة هل يضمن الاجرة كالوصى

(قوله ولا يضمن خمر المسلم وخنزيره) شامل لما لو كان المتلف لهما ذميا وكذا لا يضمن الزق بشقه لاراقة الخمر على قول ابي يوسف وعليه الفتوى كما في البرهان (قوله بخلاف ما للذمي) فيضمن باتلاف خنزيره القيمة مطلقا والخمر المثل لو المتلف ذميا وقيمته لو مسلما لكن قال في القنية نقلا عن الروضة اشترى مسلم خمرا من ذمي فاتلفها لم يضمن ولو غصبها منه فاتلفها يضمن ثم رقم لروضة والمحيط وقال اشترى خمرا من ذمي فشربها فلا ضمان عليه ولا ثمن اه (قوله ولو اتلفها ضمن) اي مثل الخل وقيمة الجلد مدبوغا بالاجماع كما في النهاية ثم قال وقيل طاهرا غير مدبوغ واكثرهم على انه يضمن قيمته مدبوغا ثم قال وذكر في الايضاح والذخيرة قال القدوري لو ان الغاصب جعل هذا الجلد اديما او ورقا او دفترا او جرابا او فروا لم يكن للمغصوب منه على ذلك سبيل فان ذكيا فله قيمته يوم الغصب وان ميتة فلا شيء عليه اه (قوله ولو خللها بمتقوم كالملح ملكه ولا شيء للمالك عليه) قال في النهاية في هذه المسئلة اختلاف المشايخ منهم من قال مثل ما ذكره المصنف ومنهم من جعلها مثل ما لو تخللت بنفسها فيضمنها بالاستهلاك

اه وبقيت صورة من صور التخليل وهي ما لو صب فيها خلا فتخللت واختلف فيها ايضا قال بعضهم على قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى يكون للغاصب بغير شيء سواء صارت خلا من ساعته او بمرور الايام وعلى قولهما ان بمرور الايام كان بينهما على قدر كيلهما وان صار خلا من ساعته كان للغاصب ولا ضمان عليه وذكر شمس الائمة الحلواني رحمه الله تعالى ظاهر الجواب ان يقسم بينهما قدر كيلهما سواء صارت من ساعتها او بعد حين خلا عند الكل وينبغي ان يكون ضامنا عند الكل على هذا القول ذكره قاضيخان في الجامع الصغير (قوله كالقرظ) بفتحتين والظاء المشالة ورق السلم او ثمر السنط قاموس (قوله اخذه المالك ورد ما زاد الدبغ) وطريق معرفته ان ينظر الى قيمته لو ذكيا غير مدبوغ والى قيمته مدبوغا فيضمن فضل ما بينهما وللغاصب حبسه كالمبيع وذكر في النهاية عن الذخيرة قال القدوري رحمه الله تعالى في كتابه انما يكون لصاحب الجلد اذا اخذ الدباغ الجلد من منزله فاما (اعدت) اذا القى صاحبه في الطريق فاخذ رجل جلدها فدبغه فليس للمالك ان يأخذ الجلد وعن ابي يوسف رحمه الله تعالى له اخذه في هذه الصورة ايضا (قوله ولو اتلفه لا يضمن) هذا عن ابي حنيفة خلافا لهما (قوله معزف) بكسر الميم اسم آلة للهو كالعود قاله العيني (قوله ففي الطنبوري يضمن الخشب المنحوت الخ) كذا ذكره القدوري في شرحه لمختصر الكرخي وفي المنتقى عن ابي حنيفة يضمن قيمته خشبا مخلعا وقال الفقيه ابو الليث كانوا يقولون ان معنى قول ابي حنيفة انه يضمن قيمته ان لو اشترى لشيء آخر سوى اللهو بجمله وعاء الملح قال فخر الدين قاضيخان على قول ابي حنيفة يضمن قيمتها صالحة لغير المعصية ففي الدف يضمن قيمته دفا يوضع فيه القطن وفي البربط يضمن قيمته قصعة يوضع فيها الثريد (قوله ولو كان فعل جاز) الاولى منه قول العيني وان جاز فعله (قوله وقيل الخلاف في الدف والطبل الخ) قال الامام العتابي في شرح الجامع الصغير لو كان طبل الحاج او طبل الصيد او دفا يلعب به الصبية في البيت يضمن بالاتفاق

العمادية وغيرها (ولا) يضمن ايضا (خمر المسلم وخنزيره) بان اسلم ذمي وفي يده الخمر والخنزير فاتلفهما آخر لانهما ليسا بمال في حق المسلم بخلاف ما للذمي من الخمر والخنزير حيث يضمنان بالاتلاف لانهما مال في حقه (غصب خمر مسلم فخللها بغير متقوم) كالنقل من الظل الى الشمس ومنها اليه (او جلد ميتة فدبغه به) اي بغير متقوم كالتراب والشمس (اخذهما المالك مجانا) اذ ليس فيه مال متقوم للغاصب وكانت الدباغة اظهارا للمالية والتقوم فصارت كغسل الثوب (ولو اتلفها ضمن) لا تلافه ملك الغير (ولو خللها بمتقوم كالملح ملكه) اي الغاصب الخل (ولا شيء) للمالك (عليه) اي الغاصب لان الخمر لم يكن متقوما والملح مثلا متقوم فترجح جانب الغاصب فيكون له بغير شيء (ولو دبغ به) اي بمتقوم كالقرظ والعفص ونحوهما (الجلد اخذه المالك ورد ما زاد الدبغ) اذ بهذا الدباغ اتصل بالجلد مال متقوم للغاصب كالصبغ في الثوب فترجح جانب الغاصب (ولو اتلفه لا يضمن) لانه لم يتلف مال الغير (ضمن بكسر معزف) وهو آلة اللهو كبربط ومزمار ودف وطبل وطنبور (قيمته صالحا لغير اللهو) ففي الطنبور يضمن الخشب المنحوت ونحوه البواقي (و) ضمن (باراقة سكر ومنصف) وقدمر معناهما في كتاب الاشربة (قيمتهما لا المثل) لان المسلم ممنوع عن تملك عينهما ولو كان فعل جاز وان اتلف صليب نصراني ضمن قيمته صليبا لانه مال متقوم في حقه وهو مقر عليه فلا يجوز التعرض له (ويصح بيعها) اي بيع هذه المذكورات وقالا لا تضمن ولا يصح بيعها وقيل الخلاف في الدف والطبل اللذين يضربان للهو فاما طبل الغزاة والدف الذي يباح ضربه في العرس فيضمنهما بالاتلاف بلا خلاف لهما ان هذه الاشياء

اعدت للمعصية فبطل تقومها كالخمر وله انها اموال لصلاحيتها للحمل من وجوه الانتفاع وان صلحت لما يحل ايضا فصارت (كالامة المغنية ونحوها) كالكبش النطوح والحمامة الطيارة والديك المقاتل والعبد الخصي حيث تجب فيها القيمة غير صالحة لهذه الامور والفتوى على قولهما لكثرة الفساد فيما بين الناس كذا في الكافي (حل قيد عبد الغير او) حل (رباط دابته او فتح اصطبلها) اى الدابة (او) فتح (قفص طائره فذهبت) هذه المذكورات وفي الدابة والقفص خلاف محمد (اوسعى الى سلطان بمن يؤذيه ولا يدفع ايذاؤه بلا رفع اليه او) سعى اليه (بمن يفسق ولا يمتنع) عن الفسق (بنهيه) اى نهي الساعي (او قال عند سلطان قد يغرم وقد لا) يغرم مقول القول قوله (انه وجد مالا فغرمه لا يضمن) في هذه الصور لانتفاء التسبب وتخلل فعل فاعل مختار (ولو غرم قطعا يضمن) لوجود التسبب (كذا) اى يضمن الساعي (لو سعى بغير حق عند محمد) زجرا له عن السعاية وبه يفتى (امر عبد غيره بالاباق او قال اقتل نفسك ففعل) اى ابق او قتل نفسه (وجب عليه) اى على الآمر (قيمته ولو قال له اتلف مال مولاك فاتلف ما يضمن) لانه بامره بالاباق او القتل صار غاصبا لانه استعماله في ذلك الفعل امابالامر باتلاف مال المولى فلا يصير غاصبا له وانما يصير غاصبا العبد والعبد المغصوب قائم لم يهلك وانما التلف بفعل العبد كذا في العمادية (استعمل عبد الغير لنفسه) كان يقول له ارتق هذه الشجرة او انثر الثمر لتأكل انت وانا (وان لم يعلم انه عبد او قال) ذلك العبد (انى حر ضمن قيمته) ان هلك لانه استعمله في منفعته (ولو) استعمله (لغيره) كان يقول ارتق الشجرة وانثر الثمرة لتأكل انت (لا) اى لا يضمن لانه لا يصير به غاصبا كذا في العمادية

كتاب الاكراه

وجه المناسبة بينه وبين كتاب الغصب ظاهر و (وهو) لغة حمل الفاعل على امر يكرهه وشرعا (حمل الغير على فعل) اعم من التلفظ وعمل سائر الجوارح (بما) متعلق بالحمل وهو اعم من القتل واتلاف العضو والحبس والضرب والقيد (بعدم رضاه به) اى رضا الغير بذلك الفعل (لا الاختياره) اى لا بعدم اختياره (لكنه) اى ما يعدم الرضا (قد يفسده) اى الاختيار (وقد) لا اى لا يفسده فالحاصل ان عدم الرضا معتبر في جميع صور الاكراه واصل الاختيار ثابت في جميع صوره لكن في بعض الصور يفسد الاختيار وفي بعضها لا يفسده اقول هذا هو المسطور في جميع كتب الاصول والفروع حتى قال صدر الشريعة في التنقيح وهو اما ملجئ بان يكون بفوت النفس او العضو وهذا معدم للرضا مفسد للاختيار واما غير ملجئ بان يكون بحبس او قيد او ضرب وهذا معدم للرضا غير مفسد للاختيار فلا يصح ما قال في الوقاية هو فعل يوقعه بغيره فيفوت به رضاه او يفسد اختياره فان فيه جعل قسم الشئ قسيماله كما لا يخفى على من يعرف معنى القسم والقسيم والعجب ان صدر الشريعة بعدما قال فيه ذلك قال في شرح الوقاية ثم الاكراه نوعان احدهما ان يكون مفوتا للرضا وهو ان يكون بالحبس او الضرب والثاني ان يكون مفسدا

(**قوله** كالامة المغنية) تشبيه بالمتفق عليه من جانب الامام رحمه الله (**قوله** حل قيد عبد الخ) قال في النظم لو زاد على ما فعل بان فتح القفص وقال للطير كش كش او باب اصطبل فقال للبقر هش هش او للحمار هر هر يضمن اتفاقا واجمعوا انه لو شق الزق والدهن سائل او قطع الحبل حتى سقط القنديل يضمن (**قوله** وفي الدابة والقفص خلاف محمد) اى فيضمن عنده والخلاف فيما اذا لم يزد على الفتح اما لو زاد ما قدمناه ضمن اتفاقا والخلاف ايضا في العبد المجنون قال السرخسي هذا اذا كان العبد مجنونا فان كان عاقلا لا يضمن اتفاقا كما في البزازية (**قوله** لو سعى بغير حق) كذا في جامع الفصولين (**قوله** او قال له اتلف مال مولاك فاتلف لا يضمن) كذا قال في جامع الفصولين لم يضمن الآمر اذ بالامر باتلاف مال مولاه لم يصر غاصبا اياه وانما صار غاصبا لقنه وهو لم يهلك وانما المتلف مال المولى بفعل قنه اقول في فصط مسئلة تدل على خلافه وهي لو امر قن غيره باتلاف مال رجل يغرم مولاه ثم يرجع على آمره اذ الآمر صار مستعملا للقن فصار غاصبا ويمكن الجواب بانه لا ضمان على القن ولا على مولاه في اتلاف مال مولاه فلا رجوع على الآمر بخلاف اتلاف مال غير المولى ويمكن ان يكون في المسئلة روايتان فان قيل يدل ايضا على ان الآمر يضمن وان لم يكن سلطانا ومولى وقدمر خلافه اقول يمكن الجواب بان المراد ثمة هو الضمان الابتدائي الذي بطريق الاكراه الا ترى ان المباشر لا يضمن ثم بخلاف ما نحن فيه فافترقا والله سبحانه وتعالى اعلم

كتاب الاكراه

الاختيار وهو ان يكون بالقتل اوقطع العضو ففوت الرضا عام من فساد الاختيار ففي الحبس اوالضرب يفوت الرضا ولكن الاختيار الصحيح باق وفي القتل لا رضا ولكن له اختيار غير صحيح بل اختيار فاسد ثم قال وتحقيقه الى آخر ما قال والشجرة تنبئ عن الثمرة (مع بقاء اهليته) وعدم سقوط الخطاب عنه لان المكره مبتلى والابتلاء يحقق الخطاب الا يرى انه متردد بين فرض وحظر ورخصة ويأثم مرة ويؤجر اخرى وهو دليل الخطاب وبقاء الاهلية (وشرطه) اربعة امور الاول (قدرة الحامل على) تحقيق (ما هدد به سلطانا اوغيره) يعني لصا ونحوه هذا عندهما وعند ابي حنيفة لا يتحقق الا من سلطان لان القدرة لا تكون بلا منعة والمنعة للسلطان قالوا هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان لان في زمانه لم يكن لغير السلطان من القوة ما يتحقق به الاكراه فاجاب بناء على ما شاهد وفي زمانهما ظهر الفساد وصار الامر الى كل متغلب فيتحقق الاكراه من الكل والفتوى على قولهما كذا في الخلاصة (و) الثاني (خوف الفاعل وقوعه) اي وقوع ما هدد به الحامل بان يغلب على ظنه انه يفعله ليصير به محمولا على ما دعي اليه من الفعل والمباشرة (و) الثالث (كونه) اي الفاعل (ممتنعا عما اكره عليه لحق ما) اي لحق نفسه كبيع ماله او اتلافه او اعتاق عبده او لحق شخص آخر كاتلاف مال الغير او لحق الشرع كشرب الخمر والزنا ونحوهما (و) الرابع (كون المكره به متلف نفس او عضو او موجب غم يعدم الرضا) وهذا ادنى مراتبه وهو ايضا متفاوت بحسب الاشخاص كما سيأتي (وهو) اي الاكراه (اما ملجئ يفسد الاختيار لو) كان (باتلاف نفس او عضو واما غير ملجئ لا يفسده لو كان بحبس او قيد مدة مديدة اوضرب شديد) في المبسوط الحد في الحبس الذي هو اكراه ما يجيء الاغتمام البين به وفي الضرب الذي هو اكراه ما يجد منه الالم الشديد وليس في ذلك حد لا يزاد عليه ولا ينقص منه لان المقادير لا تكون بالرأي ولكنه على قدر ما يرى الحاكم اذا رفع اليه (بخلاف حبس يوم او قيده) اي قيد يوم (اوضرب غير شديد) فانها لا تكون اكراها اذ لا يبالي بمثلها عادة فلا يعدم الرضا (الا لذي جاه) يعني انها تكون اكراها لرجل له جاه وعزة لان ضرره اشد من ضرر الضرب الشديد لغيره فيفوت به الرضا (فبالاول) يعني الملجئ (رخص اكل ميتة ودم ولحم خنزير وشرب خمر) لان حرمة هذه الاشياء مقيدة بحالة الاختيار وفي حالة الضرورة مبقاة على اصل الحل لقوله تعالى الا ما اضطررتم اليه فانه استثنى حالة الضرورة والاستثناء تكلم بالباقي بعد الثنيا والاضطرار يحصل بالاكراه الملجئ (وبالصبر على القتل آثم) في هذه الصور (كما في المخمصة) لانه لما ابيح كان بالامتناع معاونا لغيره على اهلاك نفسه (و) رخص ايضا (بلفظ كلمة كفر وقلبه مطمئن بالايمان) لحديث عمار بن ياسر رضي الله عنه حيث ابتلي به وقال له صلى

(قوله والثاني خوف الفاعل وقوعه) يعني في الحال كما في البرهان (قوله اوباتلاف نفس اوعضو) كذا بعض العضو كاتلاف انملة اوضرب يخاف منه على نفسه اوعضو من اعضائه كما في البرهان (قوله في المبسوط الحد في الحبس الذي هو اكراه ما يجيء الاغتمام البين به الخ) كذا في التبيين ثم قال والاكراه بحبس الوالدين والاولاد

لا يعد اكراها لانه ليس بملجئ ولا يعدم الرضا بخلاف حبس نفسه اه وكذا نقل في البرهان كلام المبسوط وقد كتب الشيخ علي المقدسي رحمه الله عليه ما صورته فيشمل حبس الابن ذكر في المبسوط القياس انه ليس باكراه ثم قال وفي الاستحسان اكراه ولا ينفذ شيء من التصرفات لان حبس ابيه يلحق به من الحزن ما يلحق به حبس نفسه او اكثر فالولد البار يسعى في تخليص ابيه من السجن وان كان يعلم انه يحبس فكذا في الزيلعي ليس بمستحسن اه (قوله فبالاول رخص اكل ميتة ودم ولحم خنزير وشرب خمر) يعني لا بالحبس وشبهه قال بعض المشايخ ان محمدا انما اجاب هكذا بناء على ما كان من الحبس في زمانه فاما الحبس الذي احدثوه اليوم في زماننا فانه يبيح التناول كما في غاية البيان (قوله وبالصبر على القتل اثم) اي ان علم بالحل والا فلا يأثم وعن ابي يوسف انه لا يأثم مطلقا كذا في البرهان والتبيين (قوله لحديث عمار بن ياسر رضي الله عنه) هو ما رواه الحاكم في المستدرك في تفسير سورة النحل عن ابي عبيدة بن محمد بن عمار بن ياسر عن ابيه قال اخذ المشركون عمار بن ياسر فلم يتركوه حتى سب النبي صلى الله عليه وسلم وذكر آلهتهم بخير ثم تركوه فلما اتى رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ما وراءك قال شر يا رسول الله ما تركت حتى نلت منك وذكرت آلهتهم بخير قال كيف تجد قلبك قال مطمئنا بالايمان قال فان عادوا فعد وقال صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه ورواه ابونعيم في الحلية وعبد الرزاق في مصنفه وفيه نزل قوله تعالى الا من اكره وقلبه مطمئن بالايمان الآية كذا في البرهان

(الله)

(قوله فان عادوا فعد) اى الى الطمأنينة كذا فى التبيين وقال فى غاية البيان وهو امر بالثبات على ما كان لامر بما ليس بكائن من الطمأنينة كما فى قوله تعالى اهدنا الصراط او معناه ان عادوا الى الاكراه ثانيا فعد انت الى مثل ما اتيت به اولا من اجراء كلمة الكفر على اللسان وطمانية القلب بالايمان اه (قوله ﴿ ۲۷۱ ﴾ وسماه النبي صلى الله عليه وسلم سيد الشهداء) وقال فى مثله هو رفيق فى الجنة

الله عليه وسلم كيف وجدت قلبك قال مطمئنا بالايمان فقال صلى الله عليه فان عادوا فعد وفيه نزل قوله تعالى الا من اكره وقلبه مطمئن بالايمان الآية (وبالصبر عليه) اى القتل فى هذه الصورة (اجر) اى صار مأجورا ان صبر ولم يظهر الكفر حتى قتل لان حبيبا رضى الله تعالى عنه صبر على ذلك حتى صلب وسماه النبي صلى الله عليه وسلم سيد الشهداء (و) رخص ايضا (اتلاف مال مسلم) لان اتلاف مال الغير يستباح للضرورة كما فى المخمصة وقد ثبت (و) لكن صاحب المال (ضمن الحامل) لان الفاعل آلة للحامل فيما يصلح آلة والاتلاف من هذا القبيل بان يلقيه عليه فيقتله (لا قتله) عطف على اتلاف اى لا يرخص قتل مسلم بل يصبر على ان يقتل فان قتله كان آثما لان قتل المسلم لا يستباح لضرورة ما الا ان يعلم انه لو لم يقتله قتله (ويقاد فى العمد الحامل فقط) عند ابى حنيفة ومحمد لان الفاعل يصير آلة له وقال ابو يوسف لا يقاد واحد منهما للشبهة وقال زفر يقاد الفاعل لانه مباشر وقال الشافعى يقاد كل منهما الفاعل بالمباشرة والحامل بالتسبيب (ولا) يرخص بالاول (زنا الرجل) لانه كالقتل لان ولد الزنا هالك حكما لعدم من يربيه فلا يستباح لضرورته كالقتل ولكن لا يحد استحسانا يعنى اذا لم يرخص زناه بالملجئ كان مقتضى القياس ان يحد لان انتشار الآلة دليل الطواعية (ولكن لا يحد استحسانا) فان انتشار الآلة لا يدل على الطواعية اذ قد يكون طبعا كما فى النائم (وبالثانى) عطف على بالاول يعنى باكراه غير ملجئ (لا) اى لا ترخص الامور المذكورة (لكنه) اى الثانى من الاكراه (اسقط الحد فى زناها) لانها وان لم تكن مكرهة فلا اقل من الشبهة كذا فى الجانية (لا زناه) اى لم يسقط الحد فى زناه لان الاكراه الملجئ لم يكن رخصة فى حقه كما كان فى حق المرأة حتى يكون غير الملجئ شبهة ليندرئ الحد (تصرفات المكره قولا) يعنى ان الاصل ان التصرفات القولية للمكره سواء كان مكرها بالملجئ او بغيره (تنعقد) عندنا كما فى البيوع الفاسدة (وما يحتمل الفسخ يفسخ) ان فسخ المكره (وما لا) يحتمله (فلا) يفسخ (الاول) وهو ما يحتمل الفسخ (كبيعه وشرائه واجارته وصلحه وابرائه مديونه او كفيله وهبته) فانه اذا اكره على واحد منها باحد نوعى الاكراه خير الفاعل بعد زوال الاكراه ان شاء امضاه وان شاء فسخ لان الاكراه مطلقا يعدم الرضا والرضا شرط صحة هذه العقود فتفسد بفواته (واقراره) فانه خبر يحتمل الصدق والكذب وانما صار حجة لرجحان جانب الصدق والاكراه دليل على كذبه فيما يقربه قاصدا الى دفع الشر عن نفسه (فيملكه) اى المبيع بالاكراه (المشترى ان قبض) كما فى سائر البيوع الفاسدة (فيصح اعتاقه) اى اعتاق المشترى لكونه ملكه (ولزمه) اى المشترى (قيمته) لانه اتلف ما ملكه بعقد فاسد

(قوله ورخص ايضا اتلاف مال مسلم) اى وذمى ولم يذكر حكم ما لو صبر فلم يتلفه حتى قتل وظاهر عبارة الكنز يفيد ثوابه وان لم يتعرض له شارحه ويشير اليه قول قاضيخان ولو بوعيد القتل على الطلاق والعتاق ولم يفعل حتى قتل لا يأثم لانه لو صبر على القتل ولم يتلف مال نفسه يكون شهيدا فلان لا يأثم اذا امتنع عن ابطال ملك النكاح على المرأة كان اولى اه (قوله لان الفاعل آلة للحامل فيما يصلح آلة له) قال فى السراج حتى لو حمله مجوسى على ذبح شاة الغير لا يحل اكلها اه (قوله اى لا يرخص قتل مسلم) يعنى وذمى (قوله لان قتل المسلم لا يرخص لضرورة ما الا ان يعلم انه لو لم يقتله قتله) فى الحصر تسامح لانه يقتله باخراجه السرقة التى يلفها بالصباح عليه او بابانه حليلته كذلك والذمى كالمسلم (قوله ويقاد فى العمد الحامل فقط) يعنى انه لا يباح الاقدام على القتل بالملجئ ولو قتل اثم ويقتص الحامل ويحرم الميراث لو بالغا ويقتص للمكره من الحامل ويرثهما (قوله ولا يرخص بالاول زنا الرجل) لعله انما ذكر لفظ الاول اما لان الكلام فيما يتعلق به والا فيه فنية عن ذكره لان الكلام فيه لقوله بعده وبالثانى الخ وفى كلامه اشارة الى اثمه وفى شرح الكافى دعوت ان لا اثم يعنى المرأة (قوله كبيعه) شامل لما لو تداولته الايدى بانه يفسخ (قوله كما فى سائر البيوع الفاسدة) قال فى المجتبى بيع المكره يخالف البيع الفاسد فى اربعة مواضع يجوز بالاجازة ينقض تصرف المشترى تعتبر القيمة وقت الاعتاق دون القبض الثمن او الثمن امانة فى يد المكره وفى الفاسد بخلافها اه (قوله فيصح اعتاقه) كذا تدبيره واستيلاده

(فان قبض) اى البائع المكره (الثمن او سلم المبيع طوعا) قيد المذكورين (نفذ) البيع لوجود الرضا (وان قبضه) الثمن (مكرها لا) اى لا ينفذ لعدم الرضا (ورده) اى رد البائع الثمن الذى قبضه مكرها (ان بقى) فى يده (ولم يضمن ان هلك) لان الثمن كان امانة عند المكره لانه اخذه باذن المشترى والقبض اذا كان باذن المالك فانما يجب الضمان اذا قبضه للتملك وهو لم يقبضه له لكونه مكرها على قبضه فكان امانة كذا فى الكافى (بخلاف ما اذا اكره على الهبة بلا ذكر الدفع فوهب ودفع حيث يكون فاسدا) اى يوجب الملك بعد القبض كالهبة الصحيحة بناء على اصلنا ان الاكراه على الهبة اكراه على الدفع والاكراه على البيع ليس اكراها على التسليم (هلك المبيع فى يد مشتر غير مكره والبائع مكره ضمن) اى المشترى (قيمته للبائع) لانه قبضه بحكم عقد فاسد فكان مضمونا عليه كما فى اعتاق المشترى (وله) اى للبائع (ان يضمن اياشاء) من الحامل والمشترى كالغاصب وغاصب الغاصب فالمكره كالغاصب والمشترى كغاصب الغاصب (فان ضمن الحامل رجع على المشترى بقيمته) لانه قام مقام البائع باداء الضمان لان المضمون يصير ملكا للضامن من وقت سبب الضمان وهو الغصب (وان ضمن احد المشترين) وقد تداولته الايدى (نفذ كل شراء) كان بعده اى بعد شرائه لانه ملكه بأداء الضمان فظهر انه باع ملك نفسه (ولا ينفذ) ما كان (قبله) لان استناد ملك المشترى الى وقت قبضه بخلاف ما لو اجاز المالك المكره عقدا منها حيث ينفذ ما كان قبله وبعده لان المانع من النفاذ حقه فيعود الكل جائزا (والثانى) وهو ما لا يحتمل الفسخ (كنكاحه وطلاقه واعتاقه) وسائر ما سيأتى فان هذه العقود تصح عندنا مع الاكراه قياسا على صحتها مع الهزل وعند الشافعى لا تصح (ورجع) اى الفاعل على الحامل (بنصف المسمى) فى الطلاق (ان لم يطأ) وكان المهر مسمى فى العقد وان لم يسم فيه يرجع عليه بما لزمه من المتعة لان ما عليه كان على شرف السقوط بوقوع الفرقة من جهتها بمعصية كالارتداد وتقبيل ابن الزوج وقد تأكد ذلك بالطلاق فكان تقريرا للمال من هذا الوجه فيضاف تقريره الى الحامل والتقرير كالايجاب فكان متلفا له فيرجع عليه بخلاف ما اذا دخل بها لان المهر تقرر هنا بالدخول لا بالطلاق (و) رجع الفاعل على الحامل (بقيمة العبد) فى الاعتاق لانه صلح آلة له فيه من حيث الاتلاف فانضاف اليه فله ان يضمنه موسرا كان او معسرا لكونه ضمان اتلاف كامل ولا يرجع الحامل على العبد (بالضمان)

(قوله وان قبضه اى الثمن مكرها لا) كذا لو سلم المبيع مكرها لا ينفذ البيع (قوله ورده اى رد البائع الثمن) يعنى لزمه رده لفساد العقد (قوله بخلاف ما اذا اكره على الهبة) متعلق بقوله او سلم المبيع طوعا ومثلها الصدقة (قوله بناء على اصلنا ان الاكراه على الهبة اكراه على الدفع) هذا اذا كان المكره حاضرا وقت التسليم فان لم يكن فالاكراه على الهبة لا يكون اكراها على التسليم قياسا واستحسانا كما فى البزازية (قوله فان ضمن الحامل رجع على المشترى ﴿ ٢٧٢ ﴾ بقيمته) يفيد انه ان ضمن المشترى لا يرجع على الحامل (قوله وينفذ ما كان قبله) يفيد انه لو كان اول المشترين نفذ الجميع (قوله بخلاف ما اذا اجاز المالك المكره عقدا منها) الفرق بين الاجازة والتضمين انه اذا ضمن فأخذ القيمة صار كأنه استرد العين فتبطل البياعات التى قبله بخلاف اخذ الثمن لانه ليس كأخذ العين بل اجازة فافترقا وهذا بخلاف ما اذا اجاز المالك فى بيع الفضولى واحدا من الاشربة حيث يجوز ما اجازه خاصة لانه باع ملك غيره وقد ثبت بالاجازة لاحدهم ملك بات فأبطل الموقوف لغيره وفى الاكراه كل واحد باع ملكه لثبوت الملك بالقبض فيه والمانع من نفوذ الكل حق الاسترداد فاذا اسقطه المالك نفذ الكل (قوله كنكاح) اى يصح النكاح سواء كان بالجبر او غيره ولم يذكر حكم المهر وذلك انه اما ان يكون بالجبر كان تزوج امرأة على عشرة آلاف ومهر مثلها الف صح النكاح ولها مهر مثلها الف ويبطل الفضل فى ظاهر الرواية وذكر الطحاوى ان الزوج يلزمه الجميع ويرجع بالفضل على من اكرهه وليس بظاهر الرواية واما ان يكون بقيد او حبس فلا يكون اكراها فى حق الزوج بل نكاح طائع والتسمية فاسدة لان التسمية تصرف فى المال وهو يبطله اهـ فلها مهر مثلها الف لا غير ولا يرجع الزوج على المكره بشئ ولو اكرهت المرأة على التزوج بدون مهر مثلها صح النكاح ولا ضمان على المكره وحكم اعتراض اوليائها فى غاية البيان (قوله ورجع الفاعل على الحامل بقيمة العبد) لم يذكر حكم الولاء نصا والولاء للفاعل اهـ وفى التدبير يرجع بنقصان التدبير فى الحال على المكره واذا مات المولى يعتق المدبر ويرجع ورثة المولى بثلثى قيمته مدبرا على الآمر ايضا كذا فى الخانية

(قوله ونذره) كذا كل مايتقرب به الى الله تعالى كصدقة وحج وعمرة وغزو وهدي اذا اوجبه على نفسه فهو واجب سواء كان بملجئ اوغيره ولا يرجع على المكره بما لزمه من ذلك كذا في السراج (قوله وظهاره) قال الزيلعي لو اكره على ان يكفر

بالضمان لانه مؤاخذ باتلافه (ونذره) فانه اذا اكره على النذر صح ولزم لانه لا يحتمل الفسخ فلا يعمل فيه الاكراه وهو من اللاتي هزلهن جد ولا يرجع على الحامل بما لزمه اذ لا مطالب له في الدنيا (ويمينه وظهاره) حيث لا يعمل فيهما الاكراه لعدم احتمالهما الفسخ (ورجعته وايلائه وفيئه فيه) اي في الايلاء باللسان بأن يقول فئت اليها فانها لما صحت مع الهزل صحت مع الاكراه ايضا (واسلامه) فانه اذا اكره عليه صار مسلما اذا وجد احد الركنين قطعا وفي الآخر احتمال فرجحنا جانب الوجود احتياطا (بلا قتل لو رجع) يعني اذا اسلم بالاكراه ثم رجع عنه لا يقتل لتمكن الشبهة لاحتمال عدم الاسلام من الابتداء فيكون كفره اصليا فلا يكون مرتدا (ولا تعتبر ردته) لانها تتعلق بالاعتقاد الا يرى انه لو نوى ان يكفر يصير كافرا وان لم يتكلم به والاكراه دال على عدم تغير الاعتقاد (ولا تبين عرسه) لعدم الحكم بالردة (صادره السلطان) اي طلب منه مالا بالكره (ولم يعين بيع ماله) اي لم يقل بع مالك واعطني ثمنه (فباعه صح) اي ذلك البيع لعدم الاكراه بالنظر اليه كذا في الخلاصة (خوفها الزوج بالضرب حتى وهبت مهرها لم تصح) الهبة (ان قدر) اي الزوج (على الضرب) لوجود الاكراه

كتاب الحجر

(هو) لغة المنع مطلقا وشرعا (منع نفاذ التصرف القولي) خصه بالذكر لان الحجر لا يتحقق في افعال الجوارح وسره ان اثر التصرف القولي لا يوجد في الخارج بل امر يعتبره الشرع كالبيع ونحوه فاذا لم يوجد في الخارج جاز ان يعتبر عدمه بخلاف التصرف الفعلي الصادر عن الجوارح فانه لما كان موجودا خارجيا لم يجز اعتبار عدمه كالقتل واتلاف المال والا كان سفسطة (وسببه الصغر) بأن يكون غير بالغ فان كان غير مميز كان عديم العقل وان كان مميزا ففعله ناقص فالضرر محتمل واذا اذن له المولى صح تصرفه لترجح جانب المصلحة (والجنون) فان عدم الافاقة كان عديم العقل كصبي غير مميز وان وجدت في بعض الاوقات كان ناقص العقل كصبي عاقل في تصرفاته واما المعتوه فاختلفوا في تفسيره واحسن ماقيل فيه هو من كان قليل الفهم مختلط الكلام فاسد التدبير الا انه لا يضرب ولا يشتم كما يفعل المجنون (والرق) فان الرقيق له اهلية في نفسه لكنه يحجر رعاية لحق المولى كيلا تبطل منافع عبده باجارة نفسه لآخر ولا يملك رقبته بتعلق الدين به لكن المولى اذا اذن رضي بفوات حقه (فلم يصح طلاق صبي ومجنون مغلوب) اما المجنون فلعدم عقله واما الصبي فغير العاقل كالمجنون والعاقل لا يقف على المصلحة في الطلاق لعدم الشهوة ولا وقوف للمولى على عدم التوافق باعتبار بلوغه حد الشهوة ولذا لا يتوقفان على اجازته ولا ينفذان بمباشرته (و) لم يصح (اعتاقهما) لتمحضه في الضرر (ولا اقرارهما) لان اعتبار الاقوال بالشرع والاقرار يحتمل الصدق

فكفر لم يرجع بذلك ولو اكره على عتق عبد بعينه ففعل عتق وعلى المكره قيمته ولا يجزيه عن الكفارة ولو قال انا ابريه عن القيمة حتى يجزئه عن الكفارة لم يجز ذلك اه وقال في غاية البيان قالوا لو كان هذا يعني المعين من اخس الرقاب لا يتصور ان يكون دون هذا مجزيا لا يضمن شيأ (قوله ورجعته) يعني على انشائها بخلاف مالو اكره على الاقرار بها فانه لا يصح (قوله وايلائه) قال الاتقاني ولو بانت به لا يرجع بشئ من مهرها مطلقا اعني قبل الدخول او بعده اه (قوله وفيئه فيه) قال الاتقاني هو مثل الرجعة انشاء واقرارا

كتاب الحجر

(قوله وسببه الصغر والجنون والرق) هذه متفق عليها والحق بها ثلاثة اخرى المفتي الماجن والطبيب الجاهل والمكاري المفلس وهذا ايضا بالاتفاق على ماحكي عن ابي حنيفة رحمه الله كما في النهاية (قوله وان وجدت في بعض الاوقات كان ناقص العقل كصبي عاقل في تصرفاته) في اطلاق تشبيه افعاله بافعال الصبي تأمل بل يجب ان يكون هذا في تصرف صدر منه حال عدم افاقته واما تصرف وجد منه حال افاقته فهو فيه كالعاقل كما ذكره الزيلعي (قوله واما المعتوه الخ) حكمه كالصبي العاقل في تصرفاته وفي رفع التكليف عنه كما في التبيين (قوله ان الرقيق له اهلية في نفسه) اشار بهذا الى ان الرق ليس بسبب للحجر في الحقيقة لانه مكلف محتاج كامل (درر ٣٥ نی) الرق أي كالحر لكنه يحجر عليه لحق المولى (قوله ولذا لا يتوقفان على اجازته ولا ينفذان بمباشرته) لعله ثنى الضمير باعتبار طلاق الصبي وطلاق المجنون والا فينبغي الافراد

والكذب وقبل الشارع شهادة البعض دون البعض فامكن رده فيردنظراً لهما (وصح طلاق العبد) لانه اهل ويعرف وجه المصلحة فيه وليس فيه ابطال ملك المولى ولاتفويت منافعه فينفذ (واقراره فى حق نفسه) لقيام اهليته (لا) فى حق مولاه) رعاية لجانبه لان نفاذه لايعرى عن تعلق الدين برقبته اوكسبه وكلاهما اتلاف ماله (فان اقر بمال اخر الى عتقه) لوجود الاهلية وزوال المانع ولم يلزمه فى الحال لقيام المانع هذا اذا اقر لغير المولى بمال واما اذا اقرله به فلايلزمه شئ بعدعتقه لماتقرر ان المولى لايستوجب على عبده مالا (ولو) اقر (بحد اوقود عجل) ولم يؤخر الى عتقه لانه مبقى على اصل الحرية فى حق الدم (و) لهذا (لم يصح اقرار المولى عليه فيهما) اى الحدو القود (اذا عقد منهم) اى من المحجورين (من يعقله) اى يعقل العقد بأن البيع سالب للملك والشراء جالب له احترز به عن الجنون المغلوب والصبى الغير المميز (خير وليه) بين الفسخ والامضاء واراد بالعقد مادار بين النفع والضر بخلاف الاتهاب حيث يصح بلا اذن الولى وبخلاف الطلاق والعتاق حيث لايصحان وان اذن الولى (وان اتلفوا) اى المحجورون سواء عقلوا اولا (شيأ ضمنوا) لما مرانه لاحجر فى افعال الجوارح لان اعتبار الفعل لايتوقف على القصد فان النائم اذا انقلب على مال انسان واتلفه ضمن وان عدم القصد لكنه لايخاطب بالاداء الا عند القدرة كالمعسر لايطالب بالدين الا اذا ايسر و كالنائم لايؤمر بالاداء الا اذا استيقظ (لايحجر حر مكلف بسفه) هو خفة تعترى الانسان فتحمله على العمل بخلاف موجب الشرع اوالعقل مع قيام العقل وقد غلب فى عرف الفقهاء على تبذير المال واسرافه على خلاف مقتضى الشرع اوالعقل (وفسق ودين) عند ابى حنيفة وعندهما وعند الشافعى يحجر على السفيه واذا طلب غرماء المفلس الحجر عليه حجره القاضى ومنعه من البيع والاقرار وعندهما وعند الشافعى يحجر على الفاسق زجرا له (بل مفت ماجن) هوالذى يعلم الناس الحيل (ومتطبب جاهل ومكار مفلس) هو الذى يكارى الدابة ويأخذ الكراء فاذا جاء اوان السفر لادابة له فانقطع المكترى عن الرفقة فان فى حجر كل منها دفع ضرر العامة فالمفتى الماجن يفسد على الناس دينهم والمتطبب الجاهل ابدانهم والمكارى المفلس يتلف اموالهم فان دابته اذا ماتت فى الطريق وليس له اخرى ولايمكنه شراء اخرى ولا الاستئجار فيؤدى الى اتلاف اموال الناس (بمعنى المنع عن التصرف حسا) قال فى البدائع ليس المراد به حقيقة الحجر وهو المعنى الشرعى الذى يمنع نفوذ التصرف الا يرى ان المفتى لوافتى بعد الحجر واصاب فى الفتوى جاز ولو افتى قبل الحجر واخطأ لم يجز وكذا الطبيب لوباع الادوية بعد الحجر نفذ بيعه فدل انه ما اراد به الحجر حقيقة وانما اراد به المنع الحسى ان يمنع هؤلاء الثلاثة عن عملهم حسا لان المنع عن ذلك من باب الامر بالمعروف والنهى عن المنكر (بلغ) الصبى (غير رشيد) الرشيد عندنا هو الرشيد فى المال فاذا بلغ مصلحا لماله لايحجر عليه ولو فاسقا وعند الشافعى فى الدين ايضا (لم يسلم اليه ماله حتى يبلغ خمسا وعشرين سنة) لماروى عن عمر رضى الله تعالى عنه انه قال ينتهى لب الرجل اذا بلغ خمسا

(وعشرين)

(قوله اى يعقل العقد بأن البيع سالب للملك والشراء جالب له) قال الزيلعى ويعلم الغبن الفاحش من اليسير ويقصد بالعقد تحصيل الربح والزيادة (قوله لكنه لايخاطب بالاداء) اى لكن المحجور عليه لايخاطب بأداء ضمان ما اتلفه الا عند القدرة كالمعسر لايطالب بالدين الا اذا ايسر وكالنائم لايطالب بالاداء الا اذا استيقظ (قوله لايحجر حر مكلف بسفه) هذا عند ابى حنيفة وعند ابو يوسف يتوقف حجر على حجر القاضى وعند محمد بمجرد سفهه صار محجورا وقال فى الاشباه والنظائر المحجور عليه بالسفه على قولهما المفتى به كالصغير فى جميع الاحكام الا فى النكاح والطلاق الخ (قوله وهو الذى يعلم الناس الحيل) اى الباطلة التى لاتحل كتعليم الارتداد لتبين المرأة من زوجها اوتسقط عنها الزكاة ولايبالى بما يفعل من تحليل الحرام او تحريم الحلال وفى الخانية اويفتى عن جهل

وعشرين (ولو) وصلية (صح تصرفه قبله) أى لو تصرف فى ماله قبل ذلك نفذ (وبعده) أى بعد بلوغه خمسا وعشرين (يسلم) ماله اليه (ولو بلا رشد) وقالا لا يدفع حتى يؤنس رشده ولا يجوز تصرفه فيه (يحبس القاضى المديون ليبيع ماله لدينه) لان قضاء الدين واجب عليه والمماطلة ظلم فيحبسه الحاكم دفعا لظلمه وايصالا للحق الى مستحقه (وقضى) أى القاضى (بلا أمره) اى أمر المديون (دراهم دينه من دراهمه) لان للدائن أن يأخذه بيده اذا ظفر بجنس حقه بلا رضا المديون فكان للقاضى أن يعينه (وباع دنانيره لدراهم دينه وبالعكس) والقياس أن لا يجوز كلا الامرين لان الدراهم والدنانير يختلفان وجاز استحسانا ووجهه انهما متحدان جنسا فى الثمنية والمالية حتى يضم أحدهما الى الاخر فى الزكاة مختلفان فى الصورة حقيقة وحكما اما الاول فظاهر واما الثانى فلعدم جريان ربا الفضل بينهما لاختلافهما فبالنظر الى الاتحاد يثبت للقاضى ولاية التصرف وبالنظر الى الاختلاف يسلب عن الدائن ولاية الاخذ عملا بالشبهين (لا) أى لا يبيع القاضى (عرضه وعقاره) لدراهم دينه لان المقاصد تتعلق بصورهما واعيانهما وليس للقاضى ان ينظر اليه مانه على وجه يلحق به الضرر واما النقود فوسائل لان المقصود فيها المالية لا العين فافترقا (أفلس ومعه عرض شراه فقبض بالاذن) أى اذن بائعه (فبائعه أسوة للغرماء) وان كان قبل القبض فللبائع ان يحبس المتاع حتى يقبض الثمن وكذا اذا قبضه المشترى بغير اذنه كان له ان يسترده ويحبسه بالثمن (حجر قاض ورفع الى قاض) آخر (فاطلقه) الثانى (جاز) اطلاقه وما صنع المحجور فى ماله من بيع او شراء قبل الطلاق الثانى وبعده كان جائزا لان حجر الاول مجتهد فيه فيتوقف على امضاء قاض آخر كذا فى الخانية

فصل

(بلوغ الصبى بالاحتلام والاحبال والانزال و) بلوغ (الصبية بالاحتلام والحيض والحبل) الاصل أن البلوغ يكون بالانزال حقيقة ولكن غيره مما ذكر لا يكون الا مع الانزال فجعل كل واحد علامة على البلوغ (والا) اى وان لم يوجد شئ منها (فحتى) اى لا يحكم بالبلوغ حتى (يتم له) اى للصبى (ثمانى عشرة سنة ولها) اى للصبية (سبع عشرة سنة) عند ابى حنيفة لقوله تعالى ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتى هى احسن حتى يبلغ اشده واشد الصبى على ماقاله ابن عباس وتبعه القتيبى ثمانى عشرة سنة وقيل اثنان وعشرون سنة وقيل خمس وعشرون واقل ماقالوا هو الاول فوجب ان يدار الحكم عليه للاحتياط الا ان الجارية اسرع ادراكا من الغلام فنقص سنة منهن لاشتمالها على الفصول الاربعة التى توافق المزاج (وقالا فيهما بتمام خمس عشرة سنة) وهو رواية عن الامام وبه يفتى) للعادة الغالبة اذ العلامات تظهر فى هذه المدة غالبا فجعلوا المدة علامة فى حق من لم تظهر له العلامة (وادنى مدته) اى البلوغ (له اثنتا عشرة سنة ولها تسع سنين) اذ قد يحصل لهما فى هذا السن علامة البلوغ (فان راهقا) اى قربا الى البلوغ بأن بلغا هذا السن (واقرا بالبلوغ كانا كالبالغ حكما) لان البلوغ لما

(قوله فاطلقه الثانى جاز اطلاقه وما صنع المحجور فى ماله من بيع او شراء قبل الطلاق الثانى وبعده كان جائزا كذا فى الخانية الا انه قال بعد قوله فاطلقه واجاز ماصنع المحجور اه فقد شرط مع الاطلاق اجازة صنيعه (قوله فان راهقا واقرا بالبلوغ كانا كالبالغ حكما) يعنى وقد فسرا مابه علما بلوغهما وليس عليهما يمين

﴿ كتاب المأذون ﴾ (قوله الاذن لغة الاعلام) قال الزيلعي ومنه الاذان وهو الاعلام بدخول الوقت اه وفي النهاية اما اللغة فالاذن في الشيء رفع المانع لمن هو محجور عنه واعلام باطلاقه فيما حجر عنه من أذن له في الشيء اذنا اه (قوله وشرعا فك الحجر مطلقا) بمعنى فلا يتوقت ولا يتخصص واما حكمه فقال في النهاية هو التفسير الشرعي وهو فك الحجر الثابت بالرق شرعا عما يتناوله الاذن لا الانابة والتوكيل لان حكم الشيء ما يثبت به والثابت بالاذن في التجارة فك الحجر عن التجارة هذا ما ذكره في المبسوط والايضاح والذخيرة والمغني وغيرها اه (قوله وهو نوعان احدها اذن العبد) والثاني اذن الصبي والمعتوه وسيذكره آخر الباب (قوله فيتصرف العبد لنفسه) لا يلزم منه ان يكون مالكا لما تصرف فيه لنفسه لانه بجملته مملوك للمولى فاذا تعذر ملكه لما تصرف فيه يخلفه المولى في الملك (قوله بخلاف ما اذا اذن بشراء شيء معين) يعني كطعام الاكل وثياب ﴿٢٧٦﴾ الكسوة ودابة الركوب وعبد الاستخدام وهذا استحسان وفي القياس هو اذن في التجارة كافي البرهان (قوله احتراز عما اذا رآه يبيع ملك مولاه فانه اذا رأى عبده يبيع ملكا من اعيان المالك فسكت لم يكن ذلك اذنا له كذا في الخانية) اقول يخالفه ما في شرح البرهان واثبتنا الاذن بالسكوت ان رأى عبده يبيع ويشتري صحيحا كان العقد او فاسدا ولو لغير مولاه فسكت ولم ينهه ولم ينفه زفر كالشافعي ومالك اه وكذا قال الزيلعي لا فرق في ذلك بين ان يبيع عينا مملوكة للمولى او لغيره باذنه او بغير اذنه بيعا صحيحا او فاسدا هكذا ذكر صاحب الهداية وغيره وذكر قاضيخان في فتاواه اذا رأى عبده يبيع عينا من اعيان المالك فسكت لم يكن اذنا وكذا المرتهن اذا رأى الراهن يبيع الرهن فسكت لا يبطل الرهن وروى الطحاوي عن اصحابنا انه رضا ويبطل الرهن اه فكان على المصنف ان يذكر هذا ويتحفظ عن مشايخنا تقديم ما في المتون والشروح على ما في الفتاوى (قوله ففيما اذا باع المحجور بحضرة من مولاه ملكا لغيره وصار مأذونا لزم ان يصير مأذونا قبل ان يصير مأذونا وهو ظاهر اللزوم والبطلان) اقول هذا ساقط في بعض النسخ وثابت في غيرها وفيه نظر لانه (البيع) لا يلزم اللزوم المذكور الا لو قلنا بتعلق الاذن بما باعه بحضرة مولاه بل لا يتعلق ويظهر اثره الا في المستقبل فسقط الالزام لقوله عقبه ولا يكون اذنا له في بيع ذلك الشيء او شرائه اه فهذا دليل لما نقله عن الاسروشنية وتوضيحه ما قال في جامع الفصولين رأى قنه يبيع ويشتري وسكت كان مأذونا في التجارة لا في تلك العين ثم قال قن باع بحضرة مولاه ثم ادعاه المولى انه له فلو كان القن مأذونا لم يصح دعواه ويصح لو محجورا فان قيل لم يصر مأذونا بسكوت مولاه قلنا نعم ولكن اثر الاذن يظهر في المستقبل اه

كان حاصلا في هذا السن ولو نادرا فكان مما يعرف منهما كالحيض قبل اقرارهما به ضرورة

﴿ كتاب المأذون ﴾

الاذن لغة الاعلام وشرعا فك الحجر مطلقا وهو نوعان احدهما (أذن العبد) وهو فك الحجر بالرق الثابت شرعا على العبد (واسقاط الحق) اي حق المولى فان الاصل في الانسان كونه مالكا للتصرفات فتعلق حق المولى بعروض الرق صار مانعا لمالكيته لها فاذا اسقط المولى حقه يعود الممنوع (فيتصرف) اي اذا كان اذن العبد فك الحجر واسقاط الحق فتصرف العبد (لنفسه باهليته فلا يرجع بالعهدة على مولى) فانه اذا اشترى شيأ لا يطلب الثمن من المولى لانه مشتر لنفسه والوكيل يطلبه من الموكل (ولا يتوقت) يعني اذا أذن لعبده يوما او شهرا كان مأذونا ابدا الى ان يحجر عليه لان الاسقاطات لا تتوقت (ولا يتخصص) بنوع فاذا أذن بنوع عم اذنه الانواع فكذا اذا قال اقعد صباغا فانه اذن بشراء ما لا بد منه في هذا العمل وكذا اذا قيل ادا الى الغلة كل شهر كذا بخلاف ما اذا اذن بشراء شيء معين لانه استخدام لا اذن (ويثبت) اي الاذن (دلالة اذا رأى المولى يبيع عبده ملك الاجنبي) احتراز عما اذا رآه يبيع ملك مولاه فانه اذا رأى عبده يبيع ملكا من اعيان المالك فسكت لم يكن ذلك اذنا له كذا في الخانية (ويشتري) ما اراده (وسكت) اي المولى يكون اذنا له في التجارة دفعا للضرر ولا يكون اذنا له في بيع ذلك الشيء او شرائه كذا في الاستروشنية اقول سره ان العبد المحجور انما يصير مأذونا اذا صدر عنه البيع او الشراء في حق مال الاجنبي كما مر آنفا بحضرة من مولاه ففيما اذا باع المحجور بحضرة من مولاه ملكا لغيره وصار مأذونا لزم ان يصير مأذونا قبل ان يصير مأذونا وهو ظاهر اللزوم والبطلان فليتأمل فانه دقيق (و) يثبت ايضا (صريحا فلو أذن) العبد (مطلقا) بان يقول مولاه أذنت لك في التجارة صح كل تجارة منه لان التجارة اسم عام يتناول الانواع (فيبيع ويشتري ولو بغبن فاحش) خلافا لهما وبالغبن اليسير جاز اتفاقا لتعذر الاحتراز عنه لهما ان

البيع بالغبن الفاحش منه بمنزلة التبرع حتى اعتبر من الثلث فلا يتناول الاذن وله انه تجارة والعبد متصرف باهلية نفسه فصار كالحر وعلى هذا الخلاف الصبي المأذون (ويوكل بهما) لانه قد لا يتفرغ بنفسه (ويرهن ويرتهن ويتقبل الارض) اى يأخذها قبالة بالاستئجار والمساقاة (ويأخذها مزارعة ويشترى بزرا يزرعه ويستأجر اجيرا) مشاهرة او مسانهة (ويؤجر نفسه ويضارب) اى يدفع المال مضاربة ويأخذه (ويشارك عنانا) لانها من صنيع التجار اى المذكورات (ويقر بدين) لان الاقرار من توابع التجارة اذ لو لم يصح لم يعامله احد (لغير زوج وولد ووالد) فان اقراره لهم بالدين باطل عند ابي حنيفة خلافا لهما وهو كالاختلاف في بيع الوكيل منهم ذكره الزيلعي (و) يقر ايضا (بغصب ووديعة) لان الاقرار بهما ايضا من توابع التجارة اما الثاني فظاهر واما الاول فلان ضمان الغصب ضمان معاوضة لانه يملك المغصوب بالضمان (ويهدى طعاما يسيرا) تحقيقا لمعنى الاذن (ويضيف من يطعمه) لانه من ضرورات التجارة استجلابا لقلوب اهل حرفته (ويحط من الثمن بعيب) مثل ما يحط التجار لانه من صنيعهم وربما يكون الحط انظر له من قبول المعيب ابتداء بخلاف الحط بلا عيب لانه تبرع محض (ويأذن لعبده) ذكره الزيلعي (ولا يتزوج الا باذن المولى) لان الاذن بالتجارة ليس اذنا به (ولا يتسرى وان اذن له) كذا في تحفة الفقهاء وفي التلويح في بيان العوارض على الاهلية (ولا يزوج رقيقه ولا يكاتبه) لانهما ليسا من التجارة (ولا يعتق) لانه فوق الكتابة (مطلقا) اى على مال او لا (ولا يقرض) لانه تبرع ابتداء (ولا يهب) لانه تبرع محض (مطلقا) اى بعوض او لا (ولا يبرئ) لانه كالهبة (ولا يكفل) لكونه ضررا محضا (مطلقا) اى لا بالنفس ولا بالمال (دين وجب بتجارته) مبتدأ خبره قوله الآتي يتعلق برقبته (او بما هو بمعناها) كبيع وشراء واجارة

(قوله حتى اعتبر من الثلث) ليس على اطلاقه لان المأذون اذا حابى في مرض الموت اعتبر من جميع المال اذا لم يكن عليه دين وان كان فمن جميع ما بقي بعد الدين وان كان الدين محيطا بما في يده يقال للمشتري ادّ جميع المحاباة والا فردّ المبيع كما في البحر هذا اذا كان المولى صحيحا وان كان مريضا لا تصح محاباة العبد الا من ثلث مال المولى سواء الفاحش وغير الفاحش من المحاباة كما في التبيين وفي النهاية بأوسع من هذا (قوله ويأخذها مزارعة ويشترى بزرا يزرعه) لانه يصير مستأجرا لها ببعض الخارج وانه انفع من الاستئجار بالدراهم فانه هناك يلزمه الاجر وان لم يحصل له الخارج وهنا لا يلزمه شئ اذا لم يحصل وله ان يدفع الارض مزارعة ولو ببذر من قبله كما في النهاية (قوله ﴿ ٢٧٧ ﴾ ويشارك عنانا لانها من صنيع التجار) احترز به عن المفاوضة قال الزيلعي وليس له ان يشارك مفاوضة لانها تتضمن الكفالة وهو لا يملكها لكونها تبرعا اه وقال في النهاية شركة العنان انما تصح منه اذا اشترك الشريكان مطلقا عن ذكر الشراء بالنقد والنسيئة اما لو اشترك العبدان المأذونان شركة عنان على ان يشتريا بالنقد والنسيئة بينهما لم يجز من ذلك النسيئة وجاز النقد لان في النسيئة معنى الكفالة عن صاحبه ولو اذن لهما الموليان في الشركة على الشراء بالنقد والنسيئة ولا دين عليهما فهو جائز كما لو اذن لكل واحد منهما مولاه بالكفالة او التوكيل بالشراء بالنسيئة كذا في المبسوط والذخيرة غير انه ذكر في الذخيرة واذا اذن له المولى بشركة المفاوضة فلا تجوز المفاوضة منه لان اذن المولى بالكفالة لا يجوز في التجارات اه (قوله ويقر بدين) لا فرق بين ان يكون عليه دين او لا اذا اقر في صحته وان في مرضه قدم غرماء الصحة كما في البحر (قوله كذا ذكره الزيلعي) لكنه لم يخصه بالدين فان عبارته ويقر بدين وغصب ووديعة ثم قال ويبطل اقراره للزوج والولد والوالد الدين عند ابي حنيفة خلافا لهما اه (قوله ويهدى طعاما يسيرا) احترز به عما سوى المأكولات من الدراهم والدنانير والثياب الا انه يهب ما لا يساوي درهما وان اجاز المولى هبته صحت ان لم يكن عليه دين فيملك التصدق بالفلس والرغيف وبالفضة ما دون الدرهم (قوله ويضيف من يطعمه) المراد ضيافة يسيرة استحسانا والضيافة العظيمة مبقاة على القياس والفاصل بينهما ما روى عن محمد بن سلمة انه قال على قدر مال التجارة ان كان عشرة فاتخذ ضيافة بمقدار دانق فذاك كثير عرفا كما في النهاية (قوله ويأذن لعبده ذكره الزيلعي) لم اره في هذا الباب فيه صريحا لانه قال في تعليل قول الكنز ولا يكاتب والشئ لا يتضمن ما هو فوقه اه والمسئلة مذكورة في قاضيخان (قوله ليس اذنا له) يعنى به (قوله ولا يكاتبه) اى لا يكاتب رقيقه فان فعل واجازه المولى صار مكاتبا له وخرج عن ان يكون كسبا لعبده كما في النهاية (قوله ولا يعتق مطلقا) قال الزيلعي لو اعتق ولا دين عليه فاجازه المولى نفذ ويكون قبض البدل اليه لو كان العتق على مال اه ولو عليه دين فاجاز المولى العتق جاز وضمن قيمة العبد لغرماء المأذون كذا في النهاية

(قوله باع فيه ان حضر مولاه) لم يذكر المصنف رحمه الله تعالى من يتولى بيعه وقال في النهاية اي يبيعه القاضي بدينهم فان قلت
كيف هذا الاطلاق على قول ابي حنيفة رحمه الله فان على اصله ان الحر العاقل لا يحجر بسبب الدين حتى لا يبيع القاضي
ماله بدون رضاه وقيدوا ههنا في
حواشي الكتاب المقروء على الاساتذة
بان معنى قوله باع للغرماء اي يجبر
القاضي المولى على البيع هل لهذا القيد
وجه صحة ام لا قلت ليس لهذا القيد
وجه صحة اصلا بل يبيع القاضي العبد
ههنا بدون رضا المولى بالاتفاق وانما
يقع مثل هذه القيود للتساهل وقلة
المطالعة في كتب السلف ولو لم يكن
كتابي هذا الا المعرفة بطلان هذه القيود
لكفى به مغتنما وعدلا لطريق الصواب معلما
وهذه الرواية مذكورة في الذخيرة
ثم قال بعد نقلها وليس في بيع المأذون
بغير رضا المولى حجر عليه لان المولى
قبل ذلك محجور عن بيعه فكان بمنزلة
التركة المستغرقة بالدين يبيعها القاضي
اذا امتنع الورثة عن قضاء الدين
من مالهم بغير رضاهم اه قلت فاطلاق
بيع القاضي اولا مقيد بما اذا لم يبع المولى
حين امره القاضي به بمنزلة التركة اه
(قوله ان علم به اكثر اهل سوقه) هذا
في الحجر القصدي كما اشار اليه بقوله اي
بقول المولى له حجرتك الخ واما اذا ثبت
الحجر ضمنا فلا يشترط علم اكثر اهل سوقه
ولا علم واحد منهم كما في النهاية (قوله
حتى لو حجر عليه في السوق وليس فيه
الا رجل او رجلان لا ينحجر) فيه
تسامح بل العبرة للاكثر كما ذكره وقيد
ويبقى مأذونا ولو في حق من سمع من
الاقل حجره ايضا (قوله وباباقه) قال
الزيلعي ولو عاد من الاباق فالصحيح
ان الاذن لا يعود (قوله وجنونه مطبقا)
قال محمد اذا كان الجنون دون السنة فليس بمطبق والسنة وما فوقها مطبق وعن ابي يوسف
انه اكثر السنة فصاعدا مطبق وما دونه فليس بمطبق كذا في النهاية عن الذخيرة (قوله علم العبد او لم يعلم) كذا حكم اهل سوقه

واستئجار وغرم ووديعة وغصب وامانة جحدها وعقر وجب بوطء مشتريه بعد
الاستحقاق (تعلق برقبته) لانه دين ظهر وجوبه في حق المولى فيتعلق برقبته كدين
الاستهلاك والمهر ونفقة الزوجة (باع فيه ان حضر مولاه) قال في الهداية يباع للغرماء
الا ان يفديه المولى وقال شراحه هذا اشارة الى ان البيع انما يجوز اذا كان المولى حاضرا
لان اختيار الفداء من الغائب غير متصور لان الخصم في رقبة العبد هو المولى فلا يجوز
البيع الا بحضرته او بحضرة نائبه بخلاف بيع الكسب فانه لا يحتاج الى حضور المولى لان
العبد خصم فيه (ويقسم ثمنه بالحصص) ويتعلق (بكسبه مطلقا) اي سواء حصل قبل الدين
او بعده (و) يتعلق (بما اتهب وان لم يحضر) اي مولاه هذا قيد للكسب والاتهاب
ولا تنافي بين تعلقه بالكسب وتعلقه بالرقبة فيتعلق بهما ولكن يبدأ بالاستيفاء من الكسب
لامكان توفير حق الغرماء مع تحصيل مقصود المولى فان لم يوجد الكسب يستوفى
من الرقبة كذا في الكافي (لا) اي لا يتعلق الدين (بما اخذه منه مولاه قبل الدين)
لوجود شرط الخلوص له (ويطالب بما فيه بعد عتقه) لتقرر الدين في ذمته وعدم
وفاء الرقبة ولا يباع ثانيا لان المشتري يمتنع حينئذ عن شرائه فيؤدي الى امتناع البيع
بالكلية فيتضرر الغرماء (ولمولاه اخذ غلة مثله بوجود دينه ومازاد للغرماء) يعني
لو كان المولى يأخذ من العبد كل شهر عشرة دراهم مثلا قبل لحوق الدين كان له
ان يأخذها بعد لحوقه استحسانا والقياس ان لا يأخذ لان الدين مقدم على حق
المولى في الكسب وجه الاستحسان ان في ذلك نفع الغرماء لان حقهم يتعلق بمكاسبه
ولا تحصل المكاسب الا ببقاء الاذن في التجارة ولو منع من اخذ الغلة يحجر عليه فينسد
باب الاكتساب ولو اخذ اكثر من غلة مثله رد الفضل على الغرماء لتقدم حقهم
ولا ضرورة فيها (وينحجر بحجره) اي بقول المولى له حجرتك عن التصرف او ايصال
خبر حجره اليه (ان علم اكثر اهل سوقه) حتى لو حجر عليه في السوق وليس فيه الا رجل
او رجلان لا ينحجر اذ المعتبر اشتهار الحجر وشيوعه فيقام ذلك مقام الظهور عند الكل
هذا اذا كان الاذن شائعا اما اذا لم يعلم الا العبد ثم حجر عليه بمعرفته ينحجر لانتفاء الضرر
(و) ينحجر ايضا (باباقه) لان المولى لا يرضى بتصرف عبده الخارج عن طاعته عادة
فكان حجرا عليه دلالة (وموت مولاه وجنونه مطبقا ولحوقه بدار الحرب مرتدا)
علم العبد او لم يعلم لان الاذن ليس امرا لازما وما لا يكون لازما من التصرفات يكون
لدوامه حكم الابتداء كانه اذن له ابتداء في كل ساعة لتمكنه من الفسخ والحجر عليه في كل
ساعة فتركه على ما كان عليه كانشاء الاذن فيه فيشترط قيام الاهلية في تلك الساعة كما
يشترط في الابتداء وقد زالت بالموت والجنون وباللحاق ايضا لانه موت حكما حتى يعتق
مدبروه وامهات اولاده ويقسم ماله بين ورثته فصار محجورا عليه في ضمن بطلان الاهلية

(واستيلادها)

(قوله اى تحجير الامة المأذونة بالاستيلاد) هذا استحسان وتأويل المسئلة فيما اذا استولدها من غير تصريح بالاذن اى اذا استولدها ثم قال لا اريد الحجر عليها بقيت على اذنها كذا ذكره الامام المحبوبى فى الجامع الصغير (قوله اى اذا استدانت الامة المأذونة الخ) انما وضع المسئلة فى اكثر من قيمتها لتظهر الفائدة فى ان المولى يضمن قيمتها دون الزيادة عليها كما فى النهاية (قوله اقر بعد حجره ان ما معه امانة اوغصب) هذا اذا لم يكن ما معه حصل بمثل احتطاب لما قال فى النهاية اوكان فى يده مال حصل له بالاحتطاب

(واستيلادها) اى تحجير الامة المأذونة باستيلادها فانه يحصنها بعد الولادة فيكون الاستيلاد دلالة الحجر عادة (لا بالتدبير) اى اذا استدانت الامة المأذون لها اكثر من قيمتها فدبرها المولى فهى مأذون لها على حالها لعدم دلالة الحجر اذ لم تجر العادة بتحصين المدبرة (وضمن) اى المولى (بهما) اى بالاستيلاد والتدبير (قيمتهما) للغرماء لانه اتلف محلا تعلق به حقهم اذ بهما يمتنع البيع وبه كان يقضى حقوقهم (اقر) اى المأذون (بعد حجره ان ما معه امانة او غصب او بدين عليه صح) اقراره ويقضى مما فى يده (وقالا لا يصح) لان مصحح اقراره ان كان الاذن فقد زال بالحجر وان كان اليد فالحجر ابطلها لان يد المحجور عليه غير معتبرة وله ان المصحح هو اليد ولهذا لا يصح اقراره قبل الحجر فيما اخذه المولى من يده واليد باقية حقيقة وشرط بطلانها بالحجر حكما فراغ ما فى يده من الاكساب عن حاجته واقراره دليل تحققها (احاط دين بماله ورقبته لم يملك مولاه ما معه فلم يعتق عبد كسبه باعتاق مولاه) وقالا يملكه المولى فيعتق العبد وعليه قيمته لوجود سبب الملك فى كسبه وهو ملك رقبته ولهذا يملك اعتاقه ووطء الجارية المأذون لها وهو دليل كمال الملك وله ان ملك المولى انما يثبت خلافة عن العبد عند فراغه عن حاجته والمحيط به الدين مشغول بها فلا يخلفه فيه والعتق وعدمه فرع ثبوت الملك وعدمه (وعتق ان لم يحط) اى دينه بماله ورقبته بلا خلاف اما عندهما فظاهر واما عنده فلانه لا يعرى عن قليل دين فلو جعل مانعا لانسد باب الانتفاع بكسبه فيختل المقصود من الاذن (ويبيع من مولاه بمثل القيمة) كانه كالاجنبى عن كسبه اذا كان عليه دين ولا يبيع منه بنقصان لانه متهم فى حقه لكونه مولاه (و) يبيع (مولاه) منه (به) اى بمثل القيمة (وبالاقل) لان مولاه اجنبى عن كسبه اذا كان عليه دين كامل ولا تهمة فيه (وله) اى للمولى (حبسه) اى المبيع (بالثمن) اى بمقابلة استيفاء الثمن من العبد لان البيع لا يزيل ملك اليد ما لم يتصل اليه الثمن فيبقى ملك اليد للمولى على ما كان عليه حتى يستوفى الثمن ولهذا كان اخص به من سائر الغرماء (ولو باع) المولى منه بالاكثر (حط الزائد او فسخ العقد) اى يؤمر مولاه بازالة المحاباة او فسخ العقد لان الزيادة تعلق بها حق الغرماء (وبطل) اى الثمن (لو سلم) اى مولاه (المبيع قبل قبضه) اى الثمن فلا يطالب العبد بشئ لانه لما سلم المبيع سقط حقه فى الحبس ولا يجب له على عبده دين فخرج مجانا (صح اعتاقه) اى اعتاق المولى العبد المأذون (مديونا) لبقاء ملكه (وضمن) المولى للغرماء

ونحوه فأقر به لغيره لا يصدق فيه بالاتفاق (قوله او بدين عليه صح اقراره ويقضى مما فى يده) اشار به الى انه لا يتعدى اقراره الى رقبته حتى اذا لم يف ما فى يده بما عليه من اقرار لا تباع رقبته فيه اجماعا ومحل صحة اقراره بالدين بعد الحجر ان لا يكون عليه دين بالاذن يستغرق ما فى يده اذ لو كان لا يصح بالاجماع وان لا يكون اقراره بدين بعد ان حجر عليه ببيعه فانه اذا اقر بالدين فى يد المشترى لا يصدق بالاتفاق كما فى النهاية (قوله وقالا لا يصح) يعنى حالا وهو القياس (قوله فلم يعتق عبد كسبه باعتاق مولاه الخ) كذا الخلاف لو ادعى نسب عبد مأذونه فيثبت منه كابنه وعليه القيمة عندهما للغرماء كما فى البرهان (قوله ولو باع المولى باكثر منه حط الزائد او فسخ العقد) هذا على القول بصحة العقد واما على القول بالفساد فلا تخيير لما قال فى البرهان ان العقد فاسد عند ابى حنيفة وكذا لو اشترى المولى منه بغبن يسير يكون العقد فاسدا ايضا عند ابى حنيفة وهما خيراه بين الفسخ ورفع الغبن اه وقال الزيلعى قال ابو يوسف ومحمد ان باعه من المولى جاز البيع فاحشا كان الغبن او يسيرا ولكن يخير ثم قال والاصح ان قوله كقولهما او الغبن الفاحش واليسير سواء عنده كقولهما (قوله وبطل اى الثمن) اشار به الى ما ثبت فى الذمة من الثمن اذ لو كان عرضا يكون المولى احق به من الغرماء كما فى التبيين والبرهان (قوله صح اعتاقه مديونا) اطلق الدين فشمل ما كان بسبب التجارة والغصب وجحود الوديعة واتلاف المال وسواء علم المولى بالدين او لم يعلم فانه يصح اعتاقه

(قوله وان عكس ضمن القيمة) يعني بالغة مابلغت وان كانت عشرين الفا اوا كثر اذا كان المأذون قنا امالو كان مدبرا اوام ولد فلاضمان على المولى لعدم تعلق الدين برقبتهما استيفاء بالبيع فصارت مسئلة المديون مخالفة لاعتاق الجاني من حيث العلم ومقدار الضمان كافى النهاية (قوله بيع عبد مأذون له الخ) قال فى النهاية قوله فان باعه المولى الى ان قال فان شاء الغرماء ضمنوا البائع فيما اذا باعه بثمن لا يفي بديونهم بدون اذن الغرماء والدين حال واما اذا كان بخلاف هذه الاشياء الثلاثة فلا ضمان على المولى اه (فان ضمن المشترى رجع اى المشترى بالثمن على البائع) اشار به الى انه لا يرجع بما ضمن بل بما اداه للبائع من الثمن ومابقى من القيمة لامطالبة له على البائع به وظاهر ان هذا فيما اذا كانت القيمة اكثر من الثمن (قوله ثم اى بعد ماضمن البائع ان رد على ﴿ ٢٨٠ ﴾ مولاه بعيب رجع على الغريم بقيمته) قال الزيلعى هذا اذا رده عليه قبل القبض مطلقا او بعده بقضاء لانه فسخ من كل وجه وكذا اذا رده عليه بخيار الرؤية او الشرط وان رده بعيب بعد القبض بغير قضاء فلا سبيل للغرماء على العبد ولا للمولى على القيمة اه قلت هذا مع حسنه لا يخفى ما فى لفظه اذا رده عليه قبل القبض من ان الصورة فيما اذا غيبه المشترى وليس الا بعد القبض ولعله انما ذكر ذلك لقوله مطلقا ليقابله بقوله او بعده بقضاء (قوله وايهما) اى البائع والمشترى اختار الغريم تضمينه منهما برئ الآخر (قوله ولو ظهر العبد الى قوله كذا فى النهاية) قال فيها عقبة وهو نظير المغصوب فى ذلك اه وحكاه الزيلعى ايضا عنها ثم قال بعده قال الراجى هذا وهم لان الحكم المذكور فى المغصوب مشروط بان تظهر العين وقيمتها اكثر مما ضمن ولم يشترط هنا ذلك وانما شرط ان يدعى الغرماء اكثر مما ضمن وان كان حقهم لم يصل اليهم بزعمهم وبينهما تفاوت كثير لان الدعوى قد تكون غير مطابقة فيجوز ان تكون قيمته مثل ماضمن او اقل فلا يثبت لهم الخيار فيه وانما يثبت لهم الخيار اذا ظهر وقيمته اكثر مما ضمن فلا يكون المذكور هنا مخلصا اه (لو) (قوله وان باعه معلما دينه) فائدة الاعلام بالدين سقوط خيار المشترى فى الرد بعيب الدين حتى يلزم البيع فى حق المتعاقدين وان لم يكن لازما فى حق الغرماء (قوله فللغريم رد بيعه ان لم يصل بدينه) يعنى لو كان حالا فاما اذا كان مؤجلا فالبيع جائز ولم يتعلق به حق الغريم وكذا اذا كان البيع بطلبهم (قوله ان وفى ثمنه بدينه ولا محاباة فى البيع لا) قيد عدم رد الغريم بقيدين والثانى منهما فيه نظر لانه اذا كان به وفاء لا اعتراض للغريم سواحابى المولى اولا

(الاقل من دينه وقيمته) اى اذا كان الدين اقل من القيمة يضمن الدين اذ لا حق لهم الا فى الدين وان عكس ضمن القيمة اذ تعلق حقهم بالرقبة وهو اتلفها (وذا) اى المأذون ضمن (فضل دينه على قيمته) لان الدين فى ذمته وما لزم المولى الا بقدر ما اتلف ضمانا فبقى الباقى عليه كما كان (بيع عبد مأذون له محيط دينه برقبته وغيبه المشترى) بعد ان قبض (اجاز الغريم) اى خير الغريم ان شاء اجاز (بيعه وله ثمنه) لان الحق له والاجازة اللاحقة كالاذن السابق (او ضمن المشترى او البائع قيمته) لان حقه تعلق بالعبد حتى كان له ان يبيعه الا ان يقضى المولى دينه والبائع متلف بالبيع والتسليم والمشترى بالقبض والتغييب فيخير فى التضمين (فان ضمن المشترى رجع) اى المشترى (بالثمن على البائع) لان اخذ القيمة منه كاخذ العين (وان ضمن البائع سلم المبيع للمشترى وتم البيع) لزوال المانع (ثم) اى بعد ماضمن البائع (ان رد) اى العبد (على مولاه بعيب رجع) اى مولاه (على الغريم بقيمته وعاد حقه) اى حق الغريم (فى العبد) لارتفاع سبب الضمان وهو البيع والتسليم فصار كالغاصب اذا باع وسلم وضمن بالقيمة ثم رد عليه بعيب كان له ان يرد على المالك ويسترد القيمة ههنا كذا فى الكافى (وايهما اختار تضمينه برئ الآخر) حتى لا يرجع عليه وان توت القيمة عند الذى اختاره لان المخير بين شيئين اذا اختار احدهما تعين حقه فيه وليس له ان يختار الآخر (ولو ظهر) اى العبد المغيب (بعد التضمين) اى بعد ما اختار تضمين احدهما (لا سبيل له) اى للغريم (عليه) اى العبد (ان قضى له) بالقيمة (ببينة او نكول) لان حقهم تحول الى القيمة بالقضاء (لو) قضى له بالقيمة (بقول الخصم مع يمينه وقد ادعى الغريم اكثر منه) فهو بالخيار ان شاء (رضى بالقيمة او ردها واخذ العبد) فيبيع له اذ لم يصل اليه تمام حقه بزعمه كذا فى النهاية (وان باعه معلما دينه فللغريم رد بيعه ان لم يف بدينه ثمنه) لانه اذا لم يف به له نقض البيع كيف كان (وان وفى) ثمنه بدينه (ولا محاباة فى البيع لا) اى ليس للغريم ان يرد البيع لان حقه قد وصل اليه فينفذ البيع لزوال المانع (ولا يخاصم الغريم مشتريا ينكر دينه ان غاب بائعه) يعني

او باع المولى عبدالمديون وقبضه المشترى ثم غاب البائع لايكون المشترى خصما للغريم اذا انكر المشترى الدين لان الدعوى تتضمن فسخ العقد وهو قائم بالبائع والمشترى فيكون الفسخ قضاء على الغائب والحاضر ليس بخصم عنه (اشترى عبد وباع ساكتا عن اذنه وحجره فهو مأذون) يعنى ان عبدا اذا قدم مصرا فباع واشترى فالمسئلة على وجهين احدهما ان يخبران مولاه اذن له فيصدق استحسانا عدلا كان اولا والقياس ان لا يصدق لانه مجرد دعوى منه ولا يصدق الابحجة لقوله صلى الله عليه وسلم البينة على المدعى وجه الاستحسان ان الناس تعاملوا ذلك واجماع المسلمين حجة يخص بها الاثر ويترك القياس فيه والنظر وثانيهما ان يبيع ويشترى ولا يخبر بشئ والقياس فيه ايضا ان يثبت الاذن لان السكوت محتمل وفي الاستحسان يثبت لان الظاهر انه مأذون لان امور المسلمين محمولة على الصلاح ما امكن ولا يثبت الجواز الا بالاذن فوجب ان يحمل عليه والعمل بالظاهر هو الاصل في المعاملات دفعا للضرر عن الناس (ولا يباع لدينه الا اذا اقر مولاه باذنه) لان الاذن بالتجارة رضا ببيع رقبة المأذون بالدين (او اثبته) اى الاذن (الغريم) يعنى ان قال المولى هو محجور فالقول له لتمسكه بالاصل فلا يباع الا اذا اثبت الغريم اذنه فحينئذ يباع (و) النوع الثانى (اذن الصبى والمعتوه) العته اختلال فى العقل بحيث يختلط كلامه فيشتبه تارة بكلام العقلاء والاخرى بكلام المجانين وحكمه حكم الصبى مع العقل (وهو فك الحجر واثبات الولاية لهما وتصرفهما ان نفع كالاسلام والاتهاب صح بدونه) اى بدون الاذن (وان ضر كالطلاق والعتاق لا وان) وصلية (اذن به وما نفع) تارة (وضر) اخرى (كالبيع والشراء صح به) اى بالاذن لان الصبى العاقل يشبه البالغ من حيث انه عاقل مميز ويشبه طفلا لا عقل له من حيث انه لم يتوجه عليه الخطاب وفى عقله قصور وللغير عليه ولاية فألحق بالبالغ فى النافع المحض وبالطفل فى الضار المحض وفى الدائر بينهما بالطفل عند عدم الاذن وبالبالغ عند الاذن لرجحان جهة النفع على الضرر بدلالة الاذن ولكن قبل الاذن يكون منعقدا موقوفا على اجازة المولى لان فيه منفعة لصيرورته مهتديا الى وجوه التجارات حتى لو بلغ فأجازه نفذ عندنا خلافا لزفر لانه توقف على اجازة وليه وقد صار وليا بنفسه (وشرط لصحته) اى الاذن (ان يعقلا البيع سالبا للملك) عن البائع (والشراء جالبا له) اى للملك الى المشترى (الولى الاب ثم وصيه ثم الجد) ابو الاب (ثم وصيه ثم القاضى او وصيه) دون الام او وصيها وقد سبق الاشارة اليه فى كتاب النكاح فى باب الولى (ولو اقرا) اى الصبى والمعتوه (لانسان بما معهما من الكسب والارث) يعنى اقرا أن ما ورثاه من ابيهما لفلان (صح) فى ظاهر الرواية وعن ابى حنيفة انه لا يصح فيما ورثه لان صحة اقراره فى كسبه لحاجته الى ذلك فى التجارات ولا حاجة فى الموروث وجه الظاهر انه بانضمام رأى الولى التحق بالبالغ وكل من المالين ملكه فيصح اقراره فيهما

(قوله ثم الجد وصية ثم القاضى) قال الزيلعى ثم وصى جده ثم الموالى ثم القاضى اه

﴿ كتاب الوكالة ﴾

وجه المناسبة بين الكتابين ان فى كل من الوكالة والاذن معنى الرضا بتصرف الغير

وهي لغة الحفظ ومنه الوكيل في اسماء الله تعالى ولهذا قلنا فيمن قال وكلتك في مالي يملك الحفظ فقط وقيل التركيب يدل على معنى التفويض والاعتماد ومنه التوكل يقال على الله توكلنا اي فوضنا امورنا وسلمنا وعلى هذا (التوكيل) لغة تفويض الامر الى الغير وشرعا (تفويض التصرف (في امره) (الى غيره) واقامته مقامه (والرسالة تبليغ الكلام الى الغير بلا دخل له في التصرف (وشرط جوازه كون الموكل اهل تصرف) لم يقل اهل التصرف لئلا يفهم ارادة التصرف المذكور فانها باطلة لاستلزامها بطلان توكيل المسلم كافرا ببيع الخمر (و) كون (الوكيل يعقله) اي يعقل ان البيع سالب والشراء جالب ويعرف الغبن اليسير والفاحش (ويقصده) حتى لو تصرف هازلا لا يقع من الآمر فرع على قوله كون الموكل اهل تصرف بقوله (فصح توكيل المسلم كافرا ببيع الخمر) وفرع على قوله والوكيل يعقله ويقصده بقوله (والحر) اي ويصح ايضا توكيل الحر (البالغ والمأذون) عبدا كان او صبيا (مثلهما) فيتناول الصور الاربع (وصبيا يعقله وعبدا) حال كونهما (محجورين) لوجود الشرط المذكور في كل مما ذكر انما لم يقل ههنا وترجع حقوق العقد الى موكلهما لانه قال فيما بعد ان لم يكن محجورا (والتوكيل) عطف على توكيل المسلم (بكل مايعقده بنفسه) فان الانسان قد يعجز عن المباشرة بنفسه فيحتاج الى توكيل غيره فلابد من جوازه دفعا لحاجته (لنفسه) احتراز عن الوكيل حيث لا يجوز له ان يوكل فيما وكل فيه لانه استفاد التصرف من غيره وهو مقيد بما امر به حتى لو صرح به ايضا جاز (وبالخصومة) عطف على بكل (في كل حق) اذ ليس كل احد يهتدي الى وجوه الخصومات فيحتاج الى توكيل غيره كامر (ولم يلزم) اي التوكيل بالخصومة لم يقل ولم يجز لان الجواز اتفاق والخلاف في اللزوم (رضا خصمه) المتأخرون اختار والفتوى ان القاضي اذا علم من الخصم التعنت في اباء الوكيل لا يمكنه في ذلك ويقبل التوكيل من الموكل وان علم من الموكل القصد الى الاضرار بصاحبه في التوكيل لا يقبل منه التوكيل الا برضا صاحبه وهو اختيار شمس الائمة السرخسي كذا في الكافي (الا الموكل مريض او مسافر) اي غائب مسافة ثلاث ايام فصاعدا (او مريد للسفر) بان ينظر القاضي في حاله وفي عدته فانه لا تخفى هيئة من يسافر ولا يقبل قوله اني اريد ان اسافر (او مخدرة) لم تجر عادتها بالبروز وحضور مجلس الحاكم (وصح) ايضا التوكيل (بايفائه) اي بايفاء كل حق (واستيفائه الا في حد وقود) فانه لا يجوز (بغيبة موكله) عن المجلس لانهما يسقطان بالشبهات فلا يستوفى بما يقوم مقام الغير لما فيه من نوع شبهة (قال انت وكيلي في كل شيء كان وكيلا في الحفظ فقط ولو زاد جائز امره كان وكيلا في جميع التصرفات حتى الطلاق والعتاق) قال في الفتاوى

(قوله لم يقل الخ) لان المعرفة اذا اعيدت معرفة تكون عينا فيلزم ماذكره (قوله والحر البالغ) منه في قوله توكيل المسلم كافرا ببيع الخمر غنية عنه لانه لا يختص بكون الموكل والوكيل بالغا واذا كان لا يختص وصح توكيل البالغ كافرا فكذا غيره (قوله فيتناول الصور الاربع) لا يلزم من هذا انحصار الصور فيما ذكر لصحة ﴿٢٨٢﴾ توكيل الصبي والعبد حرا او بالغا (قوله والتوكيل بكل مايعقده بنفسه) يرد عليه توكيل الذمي المسلم ببيع خمر او خنزير والتوكيل بالاستقراض لانه يجوز مباشرته له بنفسه ولا يجوز له التوكيل فيه حتى انه يقع القرض للوكيل لكنه روى عن ابي يوسف جواز التوكيل بالاستقراض (قوله او مخدرة) قال الزيلعي ومن الاعذار الحيض من المدعى عليها اذا كان الحكم في المسجد والحبس اذا كان من غير القاضي الذي ترافعوا اليه اه فامتنع الحصر فيما ذكره المصنف (قوله كان وكيلا في الحفظ فقط) هو الصحيح كما في الخانية ثم قال وفي فتاوى الفقيه ابي جعفر رجل قال لغيره وكلتك في جميع اموري واقمتك مقام نفسي لا تكون الوكالة عامة ولو قال وكلتك في جميع اموري التي يجوز بها التوكيل كانت الوكالة عامة تتناول البياعات والانكحة وفي الوجه الاول اذا لم تكن عامة ينظر ان كان الرجل مختلف ليس له صناعة معروفة فالوكالة باطلة وان كان الرجل تاجرا تجارة معروفة تنصرف اليها اه (قوله ولو زاد جائز امره كان وكيلا في جميع التصرفات حتى الطلاق والعتاق) اقول هذا بناء على ما ذكر من كلام الصغرى الذغياه بظهور غيره وقد ظهر لي غيره وهو ما قال قاضيخان لو قال انت وكيلي في كل شيء جائز امرك يصير وكيلا في جميع التصرفات المالية كالبيع والشراء والهبة والصدقة واختلفوا في الاعتاق والطلاق والوقف قال بعضهم يملك ذلك لاطلاق لفظ التعميم وقال بعضهم لا يملك ذلك الا اذا دل دليل سابقة الكلام (الصغرى) ونحوه وبه اخذ الفقيه ابو الليث وذكر الناطفي اذا قال انت وكيلي في كل شيء جائز صنعك روى عن محمد انه وكيل في المعاوضات والاجارات والهبات والاعتاق وعن ابي حنيفة رحمه الله تعالى انه وكيل في المعاوضات لا في الهبات والاعتاق قال وعليه الفتوى وهذا اقرب

الصغرى لوزاد جاز امره وهو وكيل فى الحفظ والبيع والشراء وتقاضى ديونه وحقوقه والهبة والصدقة وغير ذلك لانه فوض اليه التصرف عاما فصار كما لو قال ما صنعت من شئ فهو جائز فيملك جميع انواع التصرفات حتى لو انفق على نفسه جاز لانه اجاز صنيعه وهذا من صنيعه ثم قال وهذا التعليل يقتضى انه اذا طلق امرأته جاز فيفتى بهذا حتى يتبين خلافه (حقوق عقد) مبتدأ خبره قوله الآتى تتعلق به (يضيفه الوكيل الى نفسه) فى عرف اهل المعاملة (كبيع واجارة وصلح عن اقرار) امثلة للعقد فان الوكيل بالبيع يقول بعت هذا منك ولا يقول بعت هذا منك من قبل فلان وكذا الوكيل بالشراء يقول اشتريت هذا منك ولا يقول لاجل فلان (تتعلق) اى تلك الحقوق (به) اى بالوكيل (ان لم يكن) اى الوكيل (محجورا) احتراز عن الصبي والعبد المحجورين فان توكيلهما جائز لكن حقوق عقدهما ترجع الى الموكل ومثل حقوق العقد بقوله (كتسليم المبيع) ان وكل بالبيع (وقبضه) ان وكل بالشراء (وقبض ثمنه) اى ثمن مبيعه (والمطالبة بثمن مشريه) يعنى ان الوكيل بالشراء اذا اشترى شيأ يطالبه البائع بثمنه (والرجوع به) اى بالثمن (عند الاستحقاق) اى استحقاق ما باع اورجوعه هو بالثمن على بائعه عند استحقاق ما اشترى (والمخاصمة) اى يخاصم ويخاصم (فى شفعة ما بيع وفى العيب فيرده) اى المبيع الى البائع (لو) كان (بيده وبعد تسليمه الى الموكل) يرده (باذنه) اى اذن الموكل (وللمشترى منع الثمن من موكل بائعه) يعنى اذا وكل رجلا ببيع شئ فباعه ثم الموكل طلب الثمن من المشترى له منعه لان المشترى اجنبى عن العقد وحقوقه كما بينا (وان دفع اليه) اى الموكل (صح ولا يطالبه بائعه) يعنى الوكيل ثانيا لان المقبوض حقه فلا فائدة فى نزعه منه ثم رده اليه وبرئت ذمة المشترى لوصول الثمن الى مستحقه (والملك يثبت للموكل ابتداء لكن خلافه عن الوكيل) جواب عن سؤال مقدر كما ذكر فى النهاية وهو ان يقال اذا ثبت الملك للموكل ينبغى ان تكون الحقوق راجعة اليه لانها تابعة للملك فأجاب عنه بهذا وقال ثم الملك يثبت للموكل ابتداء لكن يثبت له خلافه عن الوكيل وحاصله ان الوكيل خلف عن الموكل فى حق استفادة التصرف والموكل خلف عن الوكيل فى حق الملك كالعبد اذا قبل الهبة ثبت الملك للمولى ابتداء (وقيل) الملك يثبت (للوكيل لكن لا يتقرر) بل ينتقل الى الموكل بلا مهلة (وعلى القولين لا يعتق قريب شراه) اى الوكيل (ولو كان) اى المشترى (عرسه لا يفسد النكاح) اما على الاول فظاهر لان المشترى لم يملك واما على الثانى فلان العتق وفساد النكاح يقتضيان تقرر الملك على ما ذكر فى الزيادات وغيره فاذا لم يوجد لم يحصلا واعترض عليه بانه مخالف لاطلاق قوله صلى الله عليه وسلم من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه واجيب بان المطلق ينصرف الى الكامل وهو الملك المقرر والمجتهد غير غافل وانما فرعهما الاكثرون على القول الاول لانه اصح عندهم (وحقوق عقد يضيفه) اى الوكيل (الى الموكل كنكاح وخلع وصلح عن انكار او دم عمد وعتق على مال وكتابة وهبة وتصدق واعارة وايداع ورهن واقراض تتعلق بالموكل) وسره ان الحكم فيها لا يقبل الفصل عن السبب لانها من قبيل الاسقاطات

مما اختاره الفقيه ابو الليث اه وقال فى الاشباه والنظائر الوكيل ان كانت وكالته عامة ملك شئ الا طلاق الزوجة وعتق العبد ووقف البيت وقد كتبنا فيها رسالة اه (قوله احتراز عن الصبي والعبد المحجورين) يفيد انهما لو كانا مأذونين تعلقت بهما الحقوق مطلقا وقال فى الذخيرة ان كان وكيلا بالبيع بثمن حال او مؤجل تلزمه العهدة وان كان وكيلا بالشراء بثمن مؤجل لا تلزمه العهدة قياسا واستحسانا بل العهدة على الآمر وان كان بثمن حال فالقياس ان لا يلزمه وفى الاستحسان تلزمه وفى الايضاح اذا امره ان يشترى بالنقد ففعل جاز والعهدة عليه وكان القياس ان لا يجوز وجاز استحسانا ولو امره بالشراء نسيئة كان ما اشتراه له دون الآمر وذكر وجهه كل فى التبيين (قوله لكن حقوق عقدهما ترجع الى الموكل) يعنى ما لم يعتق فاذا عتق العبد لزمته العهدة والصبي اذا بلغ لا تلزمه (قوله والرجوع به) اى بالثمن عند الاستحقاق يعنى على الوكيل (قوله والمخاصمة فى شفعة ما بيع) ذكره فى الشفعة ايضا بأتم من هذا (قوله لان المشترى اجنبى عن العقد وحقوقه كما بينا) لعل صوابه لان الموكل اجنبى اذ المشترى نفسه هو المطلوب منه الثمن وبائعه الوكيل فالعقد متعلق بحقوقه بهما اى الوكيل والمشترى منه واما الموكل فأجنبى عن العقد وحقوقه والله سبحانه وتعالى اعلم

والوكيل اجنبي عن الحكم فلابد من اضافة العقد الى الموكل ليكون الحكم مقارنا للسبب اما النكاح فلان الاصل في البضع الحرمة فكان النكاح اسقاطا لها والساقط لا يتلاشى فلا يتصور صدور السبب عن شخص على سبيل الاصالة ووقوع الحكم لغيره فجعل سفيرا ليقترن الحكم بالسبب حتى لو اضاف النكاح الى نفسه وقع له بخلاف البيع فان حكمه يقبل الفصل عن السبب كما في البيع بخيار فجاز صدور السبب عن شخص اصالة ووقوع الحكم لغيره خلافه واما الخلع فلانه اسقاط للنكاح والنا كح المرء والمنكوحة المرأة والوكيل امامنه اومنها وعلى التقديرين يكون سفيرا محضا فلابد من الاضافة الى الموكل واما الصلح عن انكار فانه ايضا اسقاط محض لا تشوبه معاوضة بل فداء يمين في حق المدعى عليه فلابد من الاضافة الى الموكل وكذا الصلح عن دم العمد فانه اسقاط محض والوكيل اجنبي سفير فلابد من الاضافة الى الموكل وكذا الحال في البواقي هذا ملخص ما ذكره القوم في هذا المقام ويضمحل به ما قال صدر الشريعة واما الصلح فلا فرق فيه بين ان يكون عن اقرار اوانكار في الاضافة فان زيدا اذا ادعى دارا على عمرو فوكل عمرو وكيلا على ان يصالح على المائة فيقول زيد صالحت عن دعوى الدار على عمرو بالمائة ويقبل الوكيل هذا الصلح يتم الصلح سواء كان عن اقرار اوانكار الا انه اذا كان عن اقرار يكون كالبيع فترجع الحقوق الى الوكيل كما في البيع فتسليم بدل الصلح على الوكيل واذا كان عن انكار فهو فداء يمين في حق المدعى عليه فالوكيل سفير محض فلا ترجع اليه الحقوق وذلك لانه ان اراد بقوله يتم الصلح سواء كان عن اقرار اوانكار تمامه بلا اعتبار اضافته في صورة الاقرار الى الوكيل وفي صورة الانكار الى الموكل فلا نسلم ذلك فانه عين محل النزاع وان اراد تمامه باعتبار تلك الاضافة كان اعترافا بصحة كلام القوم فلا وجه لانكار الفرق والقول بالتسوية وفرع على كون الوكيل في هذه الصور سفيرا محضا بقوله (فلا يطالب) من قبل المرأة (وكيله) اي وكيل الزوج (بالمهر ووكيلها بتسليمها وببدل الخلع) لما مر من كون الوكيل في هذه الصور سفيرا محضا (التوكيل بالاستقراض باطل) حتى لا يثبت به الملك لان تفويض التصرف في ملك الغير لا يجوز ونقض بالتوكيل بالشراء فانه امر بقبض المبيع وهو ملك الغير واجيب بان التصرف في ملك الغير انما لا يجوز اذا لم يكن بعوض وفي التوكيل بالشراء عوض فافترقا (لا الرسالة) فانها غير باطلة لانتفاء تفويض التصرف فيها لان الرسول سفير محض وقد مر ان التوكيل بالاقرار صحيح لان تفويض التصرف في ملكه

باب الوكالة بالبيع والشراء

ان عممت) اي الوكالة جزاء الشرط قوله الآتي صحت قال في الهداية من وكل بشراء شيء فلابد من تسمية جنسه وصفته اوجنسه ومبلغ ثمنه ليصير الفعل الموكل به معلوما فيمكنه الائتمار الا ان يوكله وكالة عامة فيقول ابتع ما رأيت لانه فوض الامر الى رأيه فأي شيء يشتريه يكون ممتثلا (اوعلم) بصيغة المجهول اي يكون معلوما بين الوكيل والموكل (ما وكل بشرائه اوجهل جهالة يسيرة) وهي جهالة النوع

(صحت) اى الوكالة (وان) وصلية (لم يبين الثمن) لان الوكيل يقدر على الامتثال (وان) شرطية (جهل) اى ماوكل به (جهالة فاحشة) وهى جهالة الجنس (لا) اى لاتصح الوكالة (وان) وصلية (بين الثمن) لان الوكيل لايقدر على الامتثال (وان) شرطية (جهل) اى ماوكل به (جهالة متوسطة) وهى مابين النوع والجنس (فان بين النوع او ثمن عين نوعا صحت) لان الوكيل حينئذ يقدر على الامتثال لكون الجهالة يسيرة (والا فلا) لان الوكيل ههنا ايضا لايقدر على الامتثال لكون الجهالة فاحشة (فالاول) وهو ماجهل جهالة يسيرة (كالفرس والبغل والحمار والثوب الهروى اوالمروى والثانى) وهو ماجهل جهالة فاحشة (كالثوب والدابة والرقيق والثالث) وهو ماجهل جهالة متوسطة (كالعبد والامة والدار فاذا وكل بشراء فرس ونحوه) مما ذكر (صح وان لم يبين الثمن) لانه من القسم الاول (و) اذا وكل (بشراء عبد ونحوه صح ان بين النوع) كالتركى (او ثمن عين نوعا) من انواع العبيد وجعل ملحقا بجهالة النوع وان لم يبين شيئا منهما لم يصح والحق بجهالة الجنس لانه يمنع الامتثال (و) اذا وكل (بشراء ثوب ونحوه لا) اى لايصح (وان بينه) اى الثمن اذ بمجرد بيانه لاترتفع الجهالة (التوكيل بشراء طعام يقع على البر ودقيقه) يعنى دفع الى آخر دراهم وقال اشترلى طعاما يشترى البر ودقيقه والقياس ان يشترى كل مطعوم اعتبارا للحقيقة كما فى اليمين على الاكل اذ الطعام اسم للمطعوم وجه الاستحسان ان الطعام اذا قرن بالبيع والشراء يحمل على ماذكرنا عرفا ولاعرف فى الاكل فبقى على الوضع (وقيل) يقع (على البر فى دراهم كثيرة والخبز فى قليله والدقيق فى متوسطه) رعاية للتناسب بين الثمن والمثمن (وفى متخذ الوليمة) يقع (على الخبز مطلقا) يعنى قلت الدراهم او كثرت لدلالة الحال (وكل بشراء هذا العبد بدين له على الوكيل صح) يعنى اذا كان الرجل على آخر الف فامره ان يشترى بها هذا العبد فاشتراه صح ولزم الموكل حتى لو مات مات عليه (وان اطلق) يعنى وكل بان يشترى له بالالف عبدا غير معين (فاشترى عبدا كان) اى ذلك العبد (للوكيل الا ان يقبضه الموكل) حتى لو مات قبل قبض الموكل مات على الوكيل ولو بعده مات على الموكل وقالا هو للموكل فى الوجهين اذا قبضه الوكيل لهما ان الدراهم والدنانير لايتعينان فى المعاوضات دينا كانت او عينا حتى لو تبايعا عينا بدين ثم تصادقا ان لادين لايبطل العقد فصار الاطلاق والتقييد فى الدين سواء فيصح التوكيل ويلزم الموكل وله انها تتعين فى الوكالات حتى لو قيدا لوكالة بالعين

(قوله فان بين النوع) بين مبنى للمفعول اى بين النوع المستلزم لبيان الجنس كالتوكيل بشراء عبد تركى (قوله او ثمن عين نوعا) اقول عين فعل وفاعله الضمير العائد على ثمن ونوعا مفعوله (قوله والا فلا) ان لم يبين الجنس مع النوع ولا الثمن مع الجنس لايصح التوكيل لكن قال قاضيخان لو قال اشترلى حمارا او فرسا صح وان لم يبين الثمن وينصرف الى مايليق بحال الموكل ثم قال ولو قال اشترلى دارا ببغداد فى محلة كذا جاز وان لم يبين الثمن اه (قوله فاذا وكل بشراء فرس) مفرع على القسم الاول المجهول جهالة يسيرة (قوله ونحوه مما ذكر) يعنى كالبغل والحمار والثوب الهروى ﴿٢٨٥﴾ والمروى فانه يصح وان لم يبين الثمن (قوله واذا وكل بشراء عبد ونحوه) من مدخول فاء التفريع المقدمة وهو راجع للقسم الثالث المجهول جهالة متوسطة وكان ينبغى ذكر القسم الثانى المجهول جهالة فاحشة عقب الاول لمناسبة الترتيب كما ذكر عليه ثم قوله ونحوه يعنى الامة والدار (قوله او ثمن) عطف على نائب الفاعل والعامل فيه بين اى بين ثمن وبيانه بذكر قدره وجنسه ووصفه وقوله عين فعل والضمير فيه للثمن ونوعا مفعوله والمعنى ان بيان الثمن مع الجنس كبيان الجنس مع النوع فان جهالة نوعه تندفع بذكر مبلغ ثمنه لكونها يسيرة فيصح التوكيل قوله اشترلى عبدا بمائة وهى ثمن التركى من انواعه (قوله التوكيل بشراء الطعام الخ) ذكره الزيلعى والفارق بين ذلك العرف ويعرف بالاجتهاد حتى اذا عرف انه بالكثير من الدراهم يريد به الخبز بأن كان عنده وليمة جازله ان يشترى الخبز ثم قال وقال بعض مشايخ ماوراء النهر الطعام فى عرفنا ينصرف الى مايمكن اكله يعنى المهيأ للاكل كاللحم المطبوخ والمشوى ونحوه قال الصدر الشهيد رحمه الله تعالى وعليه الفتوى اه وقال قاضيخان بعده ذكره التفصيل عن خواهرزاده رحمه الله تعالى قالوا هذا فى عرفهم فان عرفهم اسم الطعام ان كان مقرونا بالشراء ينصرف الى الحنطة والدقيق امافى عرفنا اسم الطعام ان كان مقرونا بالشراء ينصرف الى المطبوخ كاللحم المطبوخ والشواء ومايؤكل مع الخبز او وحده اه (قوله والدقيق فى متوسطه) لم يقتصر عليه فى الخانية حيث قال ان كانت بين القليل والكثير فهو على الحنطة والدقيق (قوله ثم تصادقا ان لادين لايبطل العقد) اى فيجب على المشترى مثل مااشترى به (قوله فصار الاطلاق والتقييد فى الدين سواء) يعنى فى الشراء بالدين

منها او بالدين منها ثم استهلك العين او اسقط الدين باسقاط رب الدين عن المديون بطلت الوكالة واذا تعينت كان هذا تمليك الدين من غير من عليه الدين بلا توكيل بقبضه او كان امرا بدفع شئ لا يملكه الموكل الا بالقبض وهو الدين وكلاهما غير جائز واذا لم يصح التوكيل نفذ الشراء على الوكيل فيهلك من ماله الا ان يقبضه الموكل من الوكيل فيصير بيعا بالتعاطى فيهلك من مال الموكل (وكل عبد ابشراء نفسه من مولاه له) اى للوكل (فان قال له بعنى نفسى لفلان فباع صح) فيكون للموكل لان العبد يصلح لان يشترى نفسه لنفسه ولغيره بالوكالة لكونه اجنبيا عن ماليته والبيع يرد عليه من حيث انه مال لان ماليته فى يده فاذا اضافه الى الآمر صح فعله للامتثال فيقع العقد للآمر (وان لم يقل الفلان) بل قال بعنى نفسى لنفسى او قال بعنى نفسى ولم يقل لى اولفلان (عتق) اما فى الاول فظاهر انه يصلح لشراء نفسه واما فى الثانى فلان المطلق يحتمل الوجهين فلا يقع الامتثال بالاحتمال فيصير التصرف واقعا لنفسه (والثمن على العبد فيهما) اى فى الوجهين لا على الآمر اما اذا وقع الشراء له فظاهر واما اذا وقع للآمر فلان المباشر هو العبد فترجع الحقوق اليه فيطالب بالثمن لكنه يرجع على الآمر فان قيل العبد هنا محجور وقد مران العبد اذا كان محجورا عليه لا ترجع الحقوق اليه قلنا زال الحجر هنا بالعقد الذى باشره مقترنا باذن المولى (وكل عبد من يشترى نفسه من مولاه له) اى للعبد (بالف دفع) الى وكيله (فان قال) اى وكيله (له) اى لمولاه (اشتريته لنفسه فباعه عتق عليه) اى على ذلك المال لان بيع نفس العبد منه اعتاق وشراء العبد نفسه بمال قبول الاعتاق ببدل والوكيل سفير عنه فصار كأنه اشترى بنفسه فلزم والولاء للمولى (وان لم يقل) وكيله اشتريته (لنفسه كان) اى العبد (لوكيله) لان اللفظ حقيقة للمعاوضة وامكن العمل بها اذا لم يتبين فيراعى ذلك بخلاف شراء العبد نفسه لتعين المجاز فيه (وعليه) اى على الوكيل (ثمنه) لانه العاقد (والالف) الذى دفعه العبد (للمولى) لانه كسب عبده (قال) اى المأمور بشراء العبد (شريت عبدا للآمر فمات) اى العبد (وقال) اى الآمر (بل) شريت (لنفسك فان كان) اى العبد (معينا فلو) كان حيا (فالقول للمأمور مطلقا) اى سواء كان الثمن منقودا اولا (ولو) كان (ميتا فان كان الثمن منقودا فكذا) اى القول للمأمور (والا) اى وان لم يكن منقودا (فللآمر) اى القول له (وان كان غيره) اى ان كان العبد غير معين (فكذا) اى القول للمأمور (ان كان) اى الثمن (منقودا) سواء كان العبد حيا اوميتا (والا) اى وان لم يكن الثمن منقودا (فللآمر) سواء كان العبد حيا اوميتا قال فى الكافى هذه المسئلة على ثمانية اوجه لانه اما ان يكون مأمورا بشراء عبد بعينه او بغير عينه وكل وجه على وجهين اما ان يكون الثمن منقودا اولا وكل وجه على وجهين اما ان يكون العبد حيا حين اخبر الوكيل بالشراء او ميتا فان كان مأمورا بشراء عبد بعينه فان اخبر عن شرائه والعبد حى فالقول للمأمور بالاجماع منقودا كان الثمن او غير منقود لانه اخبر عن امر يملك استئنافه والمخبر به فى التحقق والثبوت يستغنى

(قوله ثم استهلك العين) قال الزيلعى ثم هلك وذكر فى النهاية ان النقود لا تتعين فى الوكالة قبل القبض بالاجماع وكذا بعده عند عامتهم لان الوكالة وسيلة الى الشراء فتعتبر بالشراء وعزاه الى الزيادات والذخيرة اهـ ثم قال فعلى هذا لا يلزمهما ماقاله ابو حنيفة وتمامه فيه (قوله فان قال بعنى نفسى لفلان فباع صح) يعنى اذا قبل العبد لان البيع لا ينعقد بالايجاب وحده (قوله لكنه يرجع على الآمر كذا قال الزيلعى) اقول المراد بالآمر الآمر فى حد ذاته لا بخصوص الآمر هنا لانه صار سيدا والعبد لا يستوجب على سيده دينا فليتأمل (قوله وان لم يقل لفلان عتق) يعنى بمجرد الايجاب ولا يحتاج الى قبول العبد لانه اعتاق فيستبد به المولى

من الاشهاد فيصدق وان كان العبد ميتا حين اخبر فقال هلك عندي بعد الشراء
وانكره الموكل فان كان الثمن غير منقود فالقول للآمر لانه يخبر عما لا يملك استئنافه
وغرضه الرجوع بالثمن والآمر منكر وان كان الثمن منقودا فالقول للمأمور مع يمينه
لان الثمن كان امانة في يده وقد ادعى الخروج من عهدة الامانة من الوجه الذي امر به
فكان القول له وان كان العبد بغير عينه فان كان حيا فقال المأمور اشتريته لك فقال
الآمر لا بل هو عبدك فان كان الثمن منقودا فالقول للمأمور لانه يخبر عما يملك استئنافه
وان لم يكن منقودا فالقول للآمر عند ابي حنيفة وعندهما القول للمأمور وان كان العبد
ميتا فان لم يكن الثمن منقودا فالقول للآمر لانه اخبر عما لا يملك استئنافه وغرضه الرجوع
بالثمن والآمر منكر وان كان الثمن منقودا فالقول للمأمور لانه امين ادعى الخروج من عهدة
الامانة فيكون القول قوله قال في الهداية ومن امر رجلا بشراء عبد بالف فقال قد فعلت
ومات عندي وقال الآمر اشتريته لنفسك فالقول قول الآمر فان كان دفع اليه الالف
فالقول قول المأمور لان في الوجه الاول اخبر عما لا يملك استئنافه وهو الرجوع بالثمن
على الآمر وهو منكر فالقول للمنكر وفي الثاني هو امين يدعي الخروج عن
عهدة الامانة فيقبل قوله وقال صدر الشريعة كل واحد من التعليلين شامل للصورتين
فلا يتم به الفرق اقول الامر ليس كما قال لان التعليل الثاني لا يجري في الصورة
الاولى اذ لا يجوز ان يقال المأمور امين يدعي الخروج عن عهدة الامانة لانه انما
يكون امينا اذا كان قابضا للثمن والفرض انه لم يقبضه (له) اي للوكيل بالشراء
(الرجوع بالثمن على آمره) اذا فعل ما امر به سواء (دفعه) اي الثمن (الى بائعه
(او لا و) له ايضا (حبس المبيع عنه) اي عن آمره (لقبض ثمنه وان لم يدفعه) اي الثمن الى
البائع لما تقرر من انعقاد مبادلة حكمية بينهما ولهذا اذا اختلفا في الثمن يتحالفان ويرد
الموكل على الوكيل بالعيب (فان هلك) اي المبيع (في يده) اي الوكيل (قبل الحبس
فعلى الآمر) اي هلك من ماله (ولم يسقط الثمن) لان يده كيد الموكل فاذا لم يحبس يصير
الموكل قابضا بيده وله ان يحبسه حتى يستوفي الثمن لما ذكر (وبعده) اي بعد حبسه (فعليه)
اي المأمور (وسقط) اي الثمن لان الوكيل كالبائع منه فكان حبسه لاستيفاء الثمن فيسقط
بهلاكه كما في البيع (وليس للوكيل بشراء شيء بعينه شراؤه لنفسه) لانه يؤدي الى تغرير
الآمر حيث اعتمد عليه (الا اذا شراه بغير جنس ما سمي او بغير النقود او) شرى (غيره
بامره بغيبته) فحينئذ يكون المشترى للوكيل الاول لانه خالف امر الموكل فنفذ عليه
(فان حضر) اي الوكيل الاول (فلآمره) اي يكون المشترى للموكل الاول
لحصول رأي وكيله وعدم المخالفة (وفي غير عين) اي اذا وكل بشراء شيء غير معين
(هو له) اي ما شراه للوكيل (الا اذا اطلق ونواه) اي كون المبيع (لآمره) اي
اشترى بألف مطلق بلا تقييد كونه ملك الموكل لكن نوى الشراء له فيكون للموكل
(او اضاف العقد الى ماله) اي مال آمره بان يقول اشتريت بهذا الالف وهو مال
الموكل وان لم ينقد الثمن منه فان اضافه الى مال نفسه كان لنفسه حملا لحاله على

(قوله فباعه عتق عليه) قال الزيلعي وعلى العبد الف على الصحيح غير التي كانت بيد الوكيل لسلامة تلك للمولى لكونها كسب عبده (قوله فان كان اي العبد معينا فلو كان حيا فالقول للمأمور) فيه تأمل لان المأمور يدعي موته فكيف يقال فان كان حيا فالقول قوله ولعل الصواب اسقاط لفظة حيا من دعوى الوكيل فليحرر (قوله وليس للوكيل بشراء شيء بعينه شراؤه) اي لا يكون شراؤه لنفسه متصورا حتى لو تلفظ بشرائه لنفسه او نواه يكون للموكل الا اذا كان حاضرا وصرح بالشراء لنفسه فانه يصح له لملكه عزل نفسه بحضرة موكله دون غيبته (قوله الا اذا شراه بغير جنس ما سمي) كشرائه بدنانير وكله بالشراء بالدراهم (قوله والاسلام) انما عدل به عن التعبير بالسلم لانه يشمل التوكيل بقبول السلم وذلك لا يصح كما ذكر فعبر بالاسلام ليختص بخلاف الصرف فانه يصح التوكيل بقبوله

مايحل شرعاله ان يفعله عادة اذا اشتراه لنفسه باضافة العقد الى مال غيره ، ستذكر شرعا وعادة (صح) التوكيل (بعقد الصرف والاسلام) العبارة المذكورة فى كتب القدماء عقد الصرف والسلم قال صاحب الهداية والكافى وسائر المتأخرين المراد بالاسلام اى شراء شئ بعقد السلم (لا) اى لايصح التوكيل (بقبول السلم) لانه توكيل ببيع الكر بعقد السلم وهو لايجوز اذا الوكيل يبيع طعاما فى ذمته على ان يكون الثمن لغيره ولا نظير له فى الشرع (العبرة لمفارقة الوكيل فيهما) اى الصرف والسلم (لا مفارقة الآمر) يعنى ان فارق الوكيل صاحبه قبل القبض فى العقدين بطلا لوجد الافتراق قبل القبض ولا عبرة لمفارقة الموكل لانه ليس بعاقد والمعتبر قبض العاقد وهو الوكيل فيصح قبضه وان لم تتعلق به الحقوق كالصبى والعبد المحجور عليه بخلاف الرسول لان الرسالة فى العقد لا القبض (قال بعنى هذا لزيد فباعه فانكر المشترى) اى امر زيد بعد اقراره بقوله لزيد (فان كذبه) اى كذب المشترى (زيد) فى انكاره وقال انا امرته (اخذه) اى زيد لان قوله بعنى لزيد اقرار منه بالوكالة فاذا انكر الامر بعده صار مناقضا والمناقض لاقول له فيكون للموكل (وان صدقه) اى صدق المشترى زيدا فى انكاره (لا) اى لايأخذه زيد لان اقرار المشترى ارتد برده (الا برضاه) لان المشترى له لما جحد الامر اول مرة بطل اقرار المقر ولزم الشراء للمشترى فاذا سلمه واخذه صار بيعا بالتعاطى (امر بشراء من لحم بدرهم فشرى منوين به مما يباع من به لزم الآمر من بنصفه) لان امره بشراء من ولم يأمره بشراء الزيادة فينفذ شراء المن على الموكل والزيادة على الوكيل (او) امر (بشراء عبدين معينين بلاذكر ثمن فشرى احدهما او امر بشرائهما بألف وقيمتهما سواء فشرى أحدهما بنصفه اواقل وقع عنه) اى عن الآمر فى الصورتين اما فى الاولى فلانه قابل الالف بهما وقيمتهما سواء فينقسم بينهما نصفين دلالة فكان آمرا بشراء كل واحد بخمسمائة ثم الشراء بها موافقة وبأقل منها مخالفة الى خير وبالاكثر مخالفة الى شر فيقع عن المشترى الا اذا شرى الباقى بالباقى قبل الخصومة لان الشراء الاول باق وقد حصل غرضه المصرح به وهو تحصيل العبدين ولم يثبت الانقسام الا دلالة والصريح يفوتها (قال الوكيل شريته بألف وقال الآمر بنصفه فان كان) اى الآمر (الفه) اى اعطاه الالف (صدق المأمور ان ساواه) اى المشترى الالف يعنى اذا وكل رجل آخر بشراء عبد بالف فقال اشتريته بالف وقال الآمر اشتريته بنصفه فان كان الامر اعطاه الالف وهو يساويه فالقول للمأمور لانه امين فيه وقد ادعى الخروج عن عهدة الامانة والآمر يدعى عليه خمسمائة وهو منكر (والا) اى وان لم يساوه بل يساوى خمسمائة (فالآمر) اى صدق الآمر بلا يمين لانه امره بشراء عبد بالف والمأمور اشترى بغبن فاحش فيقع فيضمن خمسمائة (وان لم يألفه وساوى نصفه) اى خمسمائة (صدق) اى الآمر بلا يمين (وان ساواه تحالفا) لان الموكل والوكيل هنا كالبائع والمشترى وقد وقع الاختلاف فى الثمن فيجب التحالف ويفسخ العقد فيلزم المشترى الوكيل (كذا معين لم يسم له ثمنا فشراه واختلفا فى ثمنه) يعنى اذا قال له اشتر هذا العبد لى ولم يسم ثمنا فاشتراه فقال الآمر اشتريته بخمسمائة وقال المأمور بالف وصدق البائع المأمور تحالفا

(قوله لايقبول السلم) قال الزيلعى واذا لم يصح كان الوكيل عاقدا لنفسه فيجب المسلم فيه فى ذمته ورأس المال مملوك له واذا سلمه الى الامر على وجه التمليك منه كان قرضا اه (قوله العبرة بمفارقة الوكيل فيهما) هذا اذا لم يكن الموكل حاضرا فى مجلس العقد فان كان حاضرا فى مجلسه فلا تضره مفارقة الوكيل كافى شرح المجمع ونقله الزيلعى عن النهاية معزيا الى خواهرزاده ثم قال وهذا مشكل فان الوكيل اصيل فى باب البيع حضر الموكل العقد اولم يحضره (قوله اما فى الاولى فلانه قابل الالف بهما الخ) فيه تأمل لان الاولى ليس الثمن مذكورا فيها ولا القيمة ولا فرق بين اتحاد القيمة واختلافها فيهما ولعل الصواب كون هذا تعليلا للثانية فى كلامه ووجه الاولى ان التوكيل مطلق غير مقيد بثمن فله شراء كل منهما بقدر قيمته اواقل وبزيادة لايتغابن الناس فيها (قوله وبالاكثر مخالفة الى شر فيقع عن المشترى) اى سواء كانت الزيادة على النصف قليلة او كثيرة وهذا عند ابى حنيفة وقالا ان اشترى احدهما باكثر من نصف الالف بما يتغابن فى مثله وقد بقى من الالف مايشترى بمثله العبد الباقى فهو جائز كما فى التبيين (قوله بل يساوى خمسمائة) مشى على القول بأن الفاحش ضعف القيمة (قوله فيضمن خمسمائة) صوابه فيضمن الالف اوقوع الشراء له (قوله تحالفا) ينظر بمن يبدأ به (قوله وقال المأمور بألف وصدق البائع المأمور تحالفا) فى هذه المسئلة خلاف قيل لايتحالفان هنا لان الخلاف يرتفع بتصديق البائع اذ هو حاضر وفى المسئلة الاولى هو غائب فاعتبر الاختلاف والى هذا مال الفقيه ابو جعفر وقال قاضيخان وهو اصح ومال ابو نصر الى الاول اعنى التحالف وقول البائع لايعتبر لانه استوفى الثمن فهو اجنبى عنهما وان لم يستوف فهو اجنبى عن الآمر فلا مدخل له بينهما (لانهما)

لانهما اختلفا فى مقدار الثمن وليس لهما بينة فوجب المصير الى التحالف كما فى المسئلة الاولى (الوكيل اذا خالف امر الآمر ان كان خلافا الى خير فى الجنس بان وكله ببيع عبده بالف درهم فباعه بالف ومائة ينفذ ولو) وكله ببيعه كذلك فباعه (بمائة دينار لا) اى لا ينفذ عليه (وان كان خيرا) كذا فى الخلاصة

فصل

(الوكيل بالبيع والشراء لا يعقد مع من ترد شهادته له) كاصله وفرعه وزوج وعرس وسيد لعبده ومكاتبه وشريكه فيما يشتركانه لان مواضع التهم مستثناة عن الوكالات وهذا موضع التهمة بدليل عدم قبول الشهادة هذا اذا لم يطلق له الموكل واما اذا اطلق بان قال له بع ممن شئت فحينئذ يجوز بيعه لهم بمثل القيمة ذكره الزيلعى وفى النهاية ان الوكيل بالبيع اذا باع منهم ان كان باكثر من القيمة يجوز بلا خلاف وان كان باقل منها بغبن فاحش لا يجوز بالاجماع وان كان بغبن يسير لا يجوز عنده ويجوز عندهما وان كان بمثل القيمة فعن ابى حنيفة روايتان (وصح بيع الوكيل بما قل او كثر والعرض والنسيئة) لان التوكيل بالبيع مطلق فيجرى على اطلاقه فى غير موضع التهمة (و) صح ايضا (اخذه) اى اخذ الوكيل (رهنا وكفيلا بالثمن فلا يضمن ان ضاع) اى الرهن (فى يده او توى ما على الكفيل) لان الجواز الشرعى ينافى الضمان (ويقيد شراؤه بمثل القيمة وغبن يسير وهو ما يقوم به مقوم) (من اهل الخبرة حتى لا يجوز شراؤه بغبن فاحش بالاجماع قال فى النهاية هذا التحديد فيما لم يكن له قيمة معلومة فى تلك البلدة كالعبيد والدواب ونحوهما فاما ماله قيمة معلومة فى البلدة كالخبز واللحم وغيرهما فزاد الوكيل بالشراء لا ينفذ على الموكل وان كانت الزيادة شيأ قليلا كالفلس ونحوه (وكله ببيع عبد فباع نصفه صح) لان اللفظ مطلق عن قيد الاجتماع (وفى الشراء يتوقف على شراء الباقى) فان اشترى باقيه قبل ان يختصما لزم الموكل والا لزم الوكيل لان شراء البعض قد يقع وسيلة فينفذ على الآمر (الا اذا رد مبيع بعيب على وكيله ببينته

وقال فى الهداية وهو الظهر وقال فى الكافى هو الصحيح كذا فى التبيين ﴿ فصل ﴾ (قوله الوكيل بالبيع والشراء لا يعقد مع من ترد شهادته له) هذا عند ابى حنيفة رحمه الله تعالى واجازاه بمثل القيمة الا فى العبد والمكاتب كذا فى شرح المجمع (قوله وصح بيع الوكيل الخ) هذا عند ابى حنيفة رحمه الله تعالى لان البيع مبادلة المال بالمال مطلقا من غير تقييد بنقد او نسيئة وغبن فاحش وعرض اذا لم يكن فى لفظه ماينفى ذلك كبعه واقض به دينى او للنفقة وقالا كالشافعى رحمهم الله تعالى لا يجوز بيعه بنقصان لا يتغابن الناس فى مثله ولا يجوز الا بالدراهم حالة او الى اجل متعارف كما فى التبيين (قوله وصح اخذه رهنا وكفيلا بالثمن فلا يضمن ان ضاع الرهن فى يده او توى ما على الكفيل) قال الزيلعى وفى النهاية المراد بالكفالة هنا الحوالة لان التوى لا يتحقق فى الكفالة وقيل الكفالة على حقيقتها فان التوى يتحقق ﴿٢٨٩﴾ فيما اذا مات الكفيل والمكفول عنه مفلسين وهذا كله ليس بشئ لان المراد هنا توى يضاف الى اخذه الكفيل بحيث انه لو لم يأخذ كفيلا لم يتو دينه كما فى الرهن والتوى الذى ذكره هنا غير مضاف الى اخذه الكفيل بدليل انه لو لم يأخذ كفيلا ايضا توى بموت من عليه الدين وحمله على الحوالة فاسد لان الدين لا يتوى فيها بموت المحال عليه مفلسا بل رجع به على المحيل وانما يتوى بموتهما مفلسين فصار كالكفالة والاوجه ان يقال المراد بالتوى توى يضاف الى اخذه الكفيل وذلك يحصل بالمرافعة الى حاكم يرى براءة الاصيل عن الدين بالكفالة ولا يرى الرجوع على الاصل بموته مفلسا مثل ان يكون القاضى مالكيا ويحكم به ثم يموت الكفيل مفلسا اه قلت وماقاله الزيلعى نص عليه النسفى فى الكافى بقوله او اخذ بثمنه كفيلا فتوى المال على الكفيل بان رفع الامر الى قاض يرى براءة الاصيل بنفس الكفالة كما هو مذهب مالك فيحكم ببراءة الاصيل فيتوى المال على الكفيل فلا ضمان عليه اه (قوله حتى لا يجوز شراؤه بغبن فاحش بالاجماع) الفرق لابى حنيفة انه فى الشراء يحتمل انه اشتراه لنفسه ولما رأى الصفقة خاسرة نسبها اليه (درر ٣٧ فى) ولا يمكن ذلك فى البيع فلا يتهم اه وتفسير الغبن اليسير بما يدخل تحت تقويم المقومين والفاحش بما لا يدخل تحت تقويم المقومين هو الصحيح وقيل حد الفاحش فى العروض نصف عشر القيمة وفى الحيوان عشر القيمة وفى العقار خمس القيمة وفى الدراهم ربع عشر القيمة كما فى التبيين (قوله وفى الشراء يتوقف على شراء الباقى) شامل لما كان معينا وغير معين (قوله واذا رد مبيع بعيب على وكيله ببينة او نكول) اشترط ذلك لان الحال قد يشتبه على القاضى بان لا يعرف تاريخ البيع فاحتاج الى هذه الحجة ليظهر التاريخ او كان عيبا لا يعرفه الا الاطباء او النساء وقولهن وقول الطبيب حجة فى توجيه الخصومة لا فى الرد فيفتقر اليها للرد حتى لو كان القاضى عاين المبيع وكان العيب ظاهرا لا يحتاج اليها كما فى الكافى

اونكوله) اى الوكيل (اواقراره فيما لا يحدث رده) اى الوكيل (على الآمر و) باقراره (فيما يحدث لا) اى لا يرده على الآمر بل يبقى عليه يعنى ان الوكيل ببيع شئ اذاباعه فرد عليه بالعيب فان كان مما لا يحدث مثله كالاصبع الزائدة اذ لا يحدث مثله فى هذه المدة يرده على الآمر سواء كان الرد على الوكيل بالبينة او النكول او الاقرار فى عيب لا يحدث مثله (الاصل فى الوكالة الخصوص) ولهذا لو قال جعلتك وكيلا فى مالى يصير حافظا للمال فقط (وفى المضاربة العموم) ولهذا لو قال جعلتك مضاربا كان مضاربا فى جميع الانواع (فان باع) اى الوكيل (نسأ فقال آمره امرتك بنقد وقال اطلقت صدق الآمر) بناء على كون التقييد اصلا فى الوكالة (وفى المضاربة) يعنى اذا باع المضارب نسأ فقال رب المال امرتك بنقد وقال اطلقت (صدق المضارب) بناء على كون الاطلاق اصلا فيها وسيأتى تحقيقه فى آخر كتاب المضاربة ان شاء الله تعالى (لا يتصرف احد الوكيلين وحده) لان الموكل رضى برأيهما لا برأى احدهما وان كان البدل مقدرا لان تقديره لا يمنع استعمال الرأى فى الزيادة والنقصان وفى اختيار البائع والمشترى ونحو ذلك وهذا فى تصرف لا مانع فيه من الاجتماع ويحتاج فيه الى الرأى ولم يكن توكيلهما بلفظ واحد ذكر الاول بقوله (الا فى خصومة) فان الاجتماع فيها متعذر لافضائه الى الشغب فى مجلس القضاء وذكر الثانى بقوله (ورد وديعة وقضاء دين وطلاق وعتق لم يعوضا) اذ لا يحتاج فى شئ منها الى الرأى بل هو تعبير محض وعبارة الواحد والمثنى سواء بخلاف ما اذا قال لهما طلقاها ان شئتما او قال امرها بايديكما لانه تفويض الى مشيئتهما فيقتصر على المجلس او كان الطلاق والعتق بعوض لانه يحتاج حينئذ الى الرأى وذكر الثالث بقوله (ولم يكن توكيلهما بكلام واحد) بل على التعاقب فحينئذ يجوز لاحدهما ان ينفرد بالتصرف لانه رضى برأى كل منهما على الانفراد وقت توكيله فلا يتغير ذلك بخلاف ما اذا وكلهما بكلام واحد اذ لا ينفرد به احدهما وان كان احدهما حرا بالغا عاقلا والآخر عبدا او صبيا محجورا عليه لانه رضى برأيهما وقت توكيله فلا يتغير ذلك فان تصرف احدهما بحضرة صاحبه فان اجاز صاحبه جاز والا فلا ولو كان غائبا فاجاز لم يجز ذكره الزيلعى (الوكيل بقضاء الدين لا يجبر عليه) لانه لم يضمن شيأ بل وعد ان يتبرع على الآمر بخلاف الكفيل لانه ضمين (لا يوكل) اى الوكيل (الا باذن آمره او باعمل برأيك ونحوه) كاصنع ما شئت مثلا (فان وكل به) اى باذن الامر (كان وكيل الآمر لا ينعزل بعزل موكله او موته وينعزل بموت الاول) وسيأتى تحقيقه فى ادب القاضى ان شاء الله تعالى (وكل) اى الوكيل (بلا اذنه) اى اذن الموكل (فعقد) اى وكيله (عنده) اى عند الموكل الثانى (او) عقد (بغيبته) فبلغه (واجازه) اى عقده (او كان الموكل الاول قدر الثمن صح) اما الاول فلان المقصود وهو حضور رأيه قد حصل فى الصورتين واما الثالث فلان الاحتياج فيه الى الرأى لتقدير الثمن ظاهرا وقد حصل بخلاف ما اذا وكل وكيلين وقدر الثمن لانه لما فوض اليهما

(قوله اواقراره فيما لا يحدث مثله رده لا على الآمر) كذا فى الكنز ﴿ ٢٩٠ ﴾ وليس ذلك الا على رواية وفى عامة الروايات ليس للوكيل ان يخاصم الموكل بل يلزم الوكيل لان الرد ثبت بالتراضى فصار كالبيع الجديد كذا فى الكافى وكذا قال الزيلعى ثم قال وبين الروايتين تفاوت كثير لان فيه نزولا من اللزوم الى ان لا يخاصم بالكلية وكان الاقرب ان لا يقال لا يلزمه ولكن له ان يخاصم اه وكذا قال فى المواهب لورد عليه بما لا يحدث مثله باقرار يلزم الوكيل ولزوم الموكل رواية اه (قوله ولم يكن توكيلهما بلفظ واحد) هذا من مدخول قيد عدم انفراد احد الوكيلين وليس ظاهر الا انه نفى ان يكون توكيلهما بكلام واحد وهو لو كان كذلك ثبت لكل الانفراد بما وكل فيه ولعل صوابه وكان توكيلهما بلفظ واحد (قوله ذكر الاول بقوله الا فى خصومة) ظاهره انه مثال لما لا يمتنع الاجتماع فيه وليس بظاهر لان الاجتماع فى الخصومة ممتنع كما ذكره وكذلك يأتى الكلام على الثانى والثالث والذى يظهر ان فى العبارة سقطا هو ان يقال بعد قوله ولم يكن توكيلهما بلفظ واحد واما فى تصرف يمتنع الاجتماع فيه او لا يحتاج فيه الى الرأى او لم يكن توكيلهما بكلام واحد فلكل الانفراد بالتصرف ذكر الاول الخ (قوله ذكره الزيلعى) عبارته وهذا فى تصرف يحتاج فيه الى الرأى وامكن اجتماعهما فيه وكان توكيلهما بلفظ واحد فجعل امكان الاجتماع مراعى فى قيد توكيلهما بلفظ واحد (قوله وكل بلا اذنه الخ) هذا فى وكيل بالبيع والنكاح والخلع والكتابة والصحيح ان الحقوق ترجع الى الثانى لانه العاقد كما فى التبيين واما الوكيل بالطلاق والعتاق اذا وكل غيره فطلق الثانى بحضرة الاول او كان غائبا فاجاز لا يجوز لان الطلاق يتعلق بالشرط فكان الموكل علقه بلفظ الاول دون الثانى كما فى التبيين وشرح المجمع

(تقدير)

تقدير الثمن ظهر ان غرضه اجتماع رأيهما في الزيادة واختيار المشتري كامل (قال فوضت اليك امر امرأتي صار وكيلا بالطلاق وتقيد بالمجلس) فان طلق في المجلس صح والا فلا (بخلاف قوله وكلتك في امر امرأتي) حيث لا يتقيد بالمجلس فان طلق بعده صح (من لا يلي غيره لم يجز تصرفه في حقه) لان صحة التصرف مبنية على الولاية فاذا انتفت الثانية انتفت الاولى (فاذا باع عبد او مكاتب او ذمي مال صغيره الحر المسلم او شرى) واحد منهم (به) اى بذلك المال (لم يجز) لانتفاء ولايتهم عليه (كذا تزويج صغيرة كذلك) اى حرة مسلمة حيث لم يجز لواحد منهم ذلك لانتفاء الولاية

باب الوكالة بالخصومة والقبض

اعلم ان الوكيل بالخصومة وكيل بالقبض عند الثلاثة خلافا لزفر بناء على ان القبض غير الخصومة ولم يرض بامانته ولهم ان من ملك شيئا ملك اتمامه وتمام الخصومة وانتهاؤها بالقبض وقالوا الفتوى اليوم على قول زفر لفساد الزمان ولهذا قلت (الوكيل بها وبالتقاضي لا يملك القبض وبه يفتى) لظهور الخيانة في الوكلاء وقد يؤتمن على الخصومة من لا يؤتمن على المال وكذا الوكيل بالتقاضي يملك القبض على اصل الرواية لانه في معناه وضعا يقال اقتضيت حقي اى قبضته فانه مطاوع قضى لكن العرف بخلافه وهو قاض على الوضع والفتوى على انه ايضا لا يملكه (و) الوكيل (بقبض الدين يملكها) اى الخصومة عند ابي حنيفة حتى لو اقام المدعى عليه البينة ان الدائن استوفاه منه او ابرأه يقبل بينته (و) الوكيل بقبض (العين لا) اى لا يملكها (فلو برهن ذو اليد على الوكيل بقبض عبد ان الموكل باعه وقف الامر حتى يحضر الغائب) صورته وكل وكيلا بقبض عبده وغاب فاقام ذو اليد البينة انه اشتراه ممن وكله بالقبض لم تقبل بينته في اثبات الشراء وتقبل في دفع الخصومة فتوقف حتى يحضر الموكل ويعيد البينة (كذا الطلاق والعتاق) يعني اذا اقامت المرأة البينة على الطلاق والعبد او الامة على العتاق على الوكيل بنقلهم من مكان الى مكان لا تقبل هذه البينة على اثبات العتق والطلاق وتقبل في قصر يد الوكيل حتى يحضر الغائب (الوكيل بها) اى الخصومة (اذا ابى) اى امتنع من الخصومة (لا يجبر عليها) لانه لم يضمن شيئا بل وعد ان يتبرع (بخلاف الكفيل) حيث يجبر عليها لانه ضمين كامل (اذا وكل بخصوماته واخذ حقوقه من الناس على ان لا يكون وكيلا فيما يدعى على الموكل جاز فلو اثبت المال له ثم اراد الخصم الدفع لا يسمع على الوكيل) كذا في الصغرى (صح اقرار الوكيل بالخصومة) يعني اذا ثبت وكالة الوكيل بالخصومة واقر على موكله سواء كان موكله المدعي فاقر باستيفاء الحق او المدعى عليه فاقر بثبوته عليه فان كان ذلك (عند القاضي) صح (دون غيره) اى ان كان اقراره عند غير القاضي فشهد به شاهدان عند القاضي لا يصح (وان انعزل به) حتى لا يدفع اليه المال ولو ادعى بعد ذلك الوكالة واقام البينة لم تسمع لانه زعم انه مبطل في دعواه (كذا اذا استثنى الاقرار واقر عنده) يعني اذا استثنى الموكل الاقرار بان قال وكلتك غير جائز الاقرار

(قوله من لا يلي غيره لم يجز تصرفه في حقه) الذي يحتمل ان يكون بمعنى لا يلزم اذا كان له مجيز حال التصرف والله اعلم

(باب الوكالة بالخصومة والقبض)

(قوله والوكيل بقبض الدين يملكها اى الخصومة عند ابي حنيفة) اى خلافا لهما والخلاف فيما اذا وكله الدائن واما اذا وكله القاضي بقبض دين الغائب لا يكون وكيلا بالخصومة اتفاقا كذا في شرح المجمع من الخانية (قوله الوكيل بها اى الخصومة لا يجبر عليها) يعني ما لم يغب موكله واذا غاب يجبر عليها لدفع الضرر كما قدمه المصنف رحمه الله في باب رهن يوضع عند عدل (قوله ثم اراد الخصم الدفع لا تسمع على الوكيل) اى ويحكم بالمال على المدعى عليه ويتبع الدائن بدفعه كما في البزازية (قوله كذا في الصغرى) وقد اسنده فيما مستنها الى والده بقوله هكذا قاله الوالد برهان الدين رحمه الله (قوله صح اقرار الوكيل بالخصومة) هذا في غير الحد والقصاص لان التوكيل بالخصومة جعل توكيلا بالجواب مجازا فتمكنت فيه شبهة العدم في اقرار الوكيل فيورث شبهة في درء ما يدرأ بالشبهات كما في التبيين وقيد بالوكيل بالخصومة احترازا من الوكيل بالصلح فانه لا يملك الاقرار لان الوكيل بالخصومة انما ملك الاقرار لكونه من افراد الجواب والصلح مسالمة لا مخاصمة ولهذا قلنا الوكيل بالصلح لا يملك الخصومة والوكيل بالخصومة لا يملك الصلح لان الوكيل بعقد لا يباشر عقدا آخر كذا في البزازية (قوله كذا اذا استثنى الاقرار) مثله صحة استثناء الانكار قال الزيلعي وفي ظاهر الرواية يصح الاستثناء الانكار ذكره وجعله في الفتاوى الصغرى

واقر الوكيل عند القاضي لا يصح لصحة الاستثناء ولكن يخرج عن الوكالة فلا تسمع خصومته (لا) اي لا يصح (توكيل كفيل بمال بقبضه) صورته كفيل عن رجل بمال فوكله صاحب المال بقبضه من الغريم لم تصح لان الوكيل من يعمل لغيره ولو صح هذا صار عاملا لنفسه في ابراء ذمته فانعدم الركن (بخلاف الرسول ووكيل الامام ببيع الغنائم و) الوكيل (بالتزويج) حيث يصح ضمانهم بالثمن والمهر لان كل واحد منهم سفير ومعبر ذكره الزيلعي (الوكيل بقبض الدين اذا كفل صح وبطلت الوكالة لان الكفالة اقوى من الوكالة لكونها لازمة فتصلح ناسخة لها بخلاف العكس (و) الوكيل (بالبيع اذا ضمن الثمن للبائع عن المشتري لم يجز) لانه يصير عاملا لنفسه كامر (ولو ادى بحكم الضمان رجع) لبطلانه (وبدونه) اي بدون حكم الضمان (لا) اي لا يرجع لكونه متبرعا (مصدق التوكيل بقبض لو غريما امر بدفع دينه الى الوكيل) يعني اذا ادعى رجل انه وكيل فلان الغائب بقبض دينه فصدقه الغريم امر بدفعه اليه لانه اقرار على نفسه لان ما يدفعه خالص حقه اذ الديون تقضى بأمثالها حتى لو ادعى انه اوفى الدين الى الدائن لا يصدق اذ لزمه الدفع الى الوكيل باقراره ولم يثبت الايفاء بمجرد دعواه (فان) حضر الغائب وصدقه تم الامر وان (كذبه الغائب دفع) اي المصدق (اليه) اي الغائب (ثانيا) اذ لم يثبت الاستيفاء لانكاره الوكالة والقول فيه قوله مع يمينه فيفسد الاداء (ورجع به على الوكيل ان بقي في يده) لان غرضه من الدفع براءة ذمته فلم يحصل فله ان ينقض قبضه (وان ضاع لا) اي لا يرجع لانه بتصديقه اعترف انه محق بالقبض وهو مظلوم في هذا الاخذ والمظلوم لا يظلم غيره (الا اذا ضمنه) اي شرط على مدعي الوكالة الضمان (عند الدفع) اي دفع ما ادعاه (او لم يصدقه) اي في دعواه التوكيل (ودفع) اليه (على رجاء الاجازة) اي اجازة الغائب فاذا انقطع رجاؤه رجع عليه (او) دفع اليه (مكذبا له) في دعواه التوكيل (ولو) لم يكن مصدق التوكيل غريما بل (مودعا لم يؤمر بالدفع) لانه اقرار بمال الغير بخلاف

قول محمد خلافا لابي يوسف وعلل قول محمد بان الانكار قد يضر الموكل بان كان المدعى وديعة او بضاعة فلو انكر الوكيل لا تسمع منه دعوى الرد والهلاك وتسمع قبل الانكار اه ثم قال الزيلعي ولو استثنى انكاره صح اقراره وكذا انكاره اه (قلت) يعني وكذا اذا استثنى اقراره لا انكاره صح اقراره وليس المراد انه يصح انكاره مع استثنائه ولا بد من هذا الحمل والا ناقض ما قدمه من صحة استثناء الانكار في ظاهر الرواية اه ثم قال الزيلعي ولا يصير الموكل مقرا بالتوكيل بالاقرار اه ومثله في البزازية قائلا وقال على الطواويسي معناه انه يوكل بالخصومة ويقول خاصم فاذا رأيت لحوق مؤنة او خوف عار علي فاقر بالمدعى اه وبقي قسم ثالث او وكله غير جائز الاقرار والانكار قيل لا يصح الاستثناء لعدم بقاء فرد تحته وقيل يصح لبقاء السكوت كذا في البزازية (قوله بخلاف الرسول الى قوله ذكره الزيلعي) اي في كتاب الكفالة (قوله والوكيل ﴿ ٢٩٢ ﴾ بالبيع اذا ضمن الثمن الخ) يشكل عليه وكيل الامام ببيع الغنائم وهذه ذكرها في كتاب الكفالة ايضا (قوله ولو ادى بحكم الضمان رجع) اي على موكله بالبيع ولقائل ان يقول التبرع حاصل في ادائه اليه بجهة الضمان كادائه بحكم الكفالة عن المشتري بدون امره فليتأمل (قوله حتى لو ادعى انه ادى الدين الى الدائن لا يصدق) قال الزيلعي وله ان يتبع رب الدين ويستحلفه ولا يستحلف الوكيل بالله ما يعلم ان الطالب قد استوفى الدين لان النيابة لا تجري في الايمان بخلاف الوارث حيث يحلف على العلم لان الحق يثبت له فكان حلفه بطريق الاصالة اه وان اراد الغريم ان يحلفه اي الدائن بالله ما وكلته له ذلك وان دفع عن سكوت اي من غير تصديق بالوكالة ولا نفيها ليس له ان يحلف الدائن الا اذا عاد الى التصديق وان دفع عن تكذيب ليس له ان يحلف وان عاد الى التصديق لكنه يرجع على الوكيل كما في البزازية والخلاصة (قوله وهو مظلوم) اي المديون المصدق على الوكالة (قوله اي شرط على مدعي الوكالة الضمان) يعني ضمان ما يأخذه رب الدين من المديون ثانيا لما قال الزيلعي صورة هذا الضمان ان يقول الغريم للوكيل نعم انت وكيله لكني (الدين) لا آمن ان يجحد الوكالة ويأخذ مني ثانيا ويصير ذلك دينا عليه لانه اخذه مني ظلما فهل انت كفيل عنه بما اخذه مني ثانيا فيضمن ذلك المأخوذ فيكون صحيحا على هذا الوجه لانه مضاف الى سبب الوجوب وهو كقوله ما غصبك فلان فعلي او ما ذاب لك عليه فعلي لان ما اخذه الطالب ثانيا غصب واما ما اخذه الوكيل فلا يجوز ان يضمنه لانه امانة في يده ولا تجوز الكفالة بها (قوله او لم يصدقه اي في دعواه) اراد بعدم التصديق السكوت لقوله بعده او دفع مكذبا له لان عدم التصديق يشمل السكوت والتكذيب صريحا

الدين فانه يقضى بمثله كما مر (كذا لو ادعى الشراء وصدقه) يعنى لو ادعى انه اشترى الوديعة من صاحبها وصدقه المودع لم يؤمر بدفعها اليه لان اقراره على الغير غير مقبول (وامر به) اى بالدفع (لو قال) اى المدعى (تركها) اى الوديعة (المودع ميراثا فصدقه) اى المودع لان ملكه قد زال بموته واتفقا انه مال الوارث فيدفعه اليه (وكل) بصيغة المجهول اى جعل رجل وكيلا (بقبض مال وادعى الغريم قبض دائنه دفع) اى الغريم (اليه) اى الى الوكيل يعنى يجبر على دفعه اليه لان وكالته ثبتت بقوله اخذه رب المال حيث لم ينكر الوكالة وادعى الايفاء وفى ضمن دعواه اقرار بالدين وبالوكالة واذا كان اقرارا ثبت الوكالة فى زعمه ولم يثبت الايفاء بمجرد دعواه فيؤمر بالدفع اليه (واستحلف) اى الغريم (دائنه على عدم القبض) لان قبضه يوجب براءة ذمته فاذا عجز عن اقامة البينة يستحلفه (لا الوكيل على عدم علمه بقبض الموكل) اذ لا تجرى النيابة فى اليمين (وكله بعيب) ان يرد المبيع بسبب عيب (فادعى البائع رضا المشترى لم يرد) اى الوكيل (عليه) اى على البائع (حتى يحلف) اى البائع (المشترى) بخلاف مسئلة الدين لان التدارك ممكن هناك باسترداد ما قبضه الوكيل اذا ظهر الخطأ عند نكوله ولا يمكن ذلك فى العيب لان القضاء بالفسخ نافذ ظاهرا وباطنا عند ابى حنيفة فيصح القضاء ولا يستحلف المشترى بعده لانه لا يفيد اذ لا يجوز فسخ القضاء وليس فى مسئلة الدين قضاء بل امر بالتسليم فاذا ظهر الخطأ فيه امكن نزعه منه ودفعه الى الغريم بلا نقض القضاء (دفع رجل الى آخر عشرة ينفقها على اهله فانفق عليهم عشرة اخرى فهى بها استحسانا) والقياس ان يكون متبرعا لانه خالف امره فيرد العشرة على الموكل وجه الاستحسان ان الوكيل بالانفاق وكيل بالشراء لان الانفاق لا يكون بدون الشراء فيكون التوكيل به توكيلا بالشراء والوكيل بالشراء يملك العقد من مال نفسه ثم يرجع به على الآمر (الوكالة المجردة لا تدخل تحت الحكم) قال فى الصغرى الوكيل بقبض الدين اذا احضر خصما فاقر بالتوكيل فانكر الدين لا تثبت الوكالة حتى لو اراد الوكيل اقامة البينة على الدين لا تقبل واذا ادعى ان فلانا وكله بطلب كل حق له بالكوفة وبقبضه والخصومة فيه وجاء بالبينة على الوكالة والموكل غائب ولم يحضر الوكيل احدا للموكل قبله حق فان القاضى لا يسمع من شهوده حتى يحضر خصما جاحدا ذلك او مقرا به فحينئذ يسمع ويقرر الوكالة فان احضر بعد ذلك غريما يدعى عليه حقا للموكل لم يحتج الى اعادة البينة ولو كان يدعى انه وكله بطلب كل حق له قبل انسان بعينه بشرط حضرة ذلك بعينه ولو اثبت ذلك بمحضر من ذلك المعين ثم جاء بخصم آخر يدعى عليه حقا يقيم البينة على الوكالة مرة اخرى

باب عزل الوكيل

ينعزل بعزل الموكل) لان الوكالة حقه فله ان يبطله (و) بعزل (نفسه) بان يقول عزلت نفسى (بشرط علم الآخر فيهما) اى فى الصورتين يعنى اذا عزل الموكل يشترط علم الوكيل به وان عزل نفسه يشترط علم الموكل به حتى اذا لم يبلغه العزل فهو

(قوله وامر به اى بالدفع لو قال تركها ميراثا الى وصدقه) احترز به عما لو قال اوصى لى بها وصدقه حيث لا يؤمر بالتسليم اليه لانه اقرانه وكيل صاحب المال بالقبض بعد موته ولا يصح كما فى التبيين (قوله الوكالة المجردة لا تدخل تحت الحكم) يعنى المجردة عن احضار خصم يلزم بموجبها (قوله قال فى الفتاوى الصغرى الخ) قال فيها بعده لو اقام الوكيل بقبض كل حق بينة شهدت دفعة على الوكالة وعلى الحق للموكل على المدعى عليه قال ابو حنيفة تقبل على الوكالة لا غير فاذا قضى بها يؤمر الوكيل باعادة البينة على الحق للموكل على المدعى عليه وعندهما تقبل على الامرين ويقضى بالوكالة اولا ثم بالمال وكذا الخلاف فى دعوى الوصاية او الوارثة مع المال والله الموفق

باب عزل الوكيل

(قوله بشرط علم الآخر فيهما) اى صورتى العزل القصدى كما هو ظاهر

(على وكالته وتصرفه جائز حتى يعلم (باخبار) متعلق بالعلم (عدل او اثنين ولو غير عدلين) اعلم ان الوكالة تثبت بخبر الواحد حرا كان او عبدا عدلا كان او فاسقا رجلا كان او امرأة صبيا كان او بالغا وكذا العزل عندهما وعند ابى حنيفة لا يثبت العزل الا بالعدد او العدالة (و) ينعزل ايضا (بموت الموكل) هكذا وقعت عبارة القدورى ووقعت فى الكافى والوقاية هكذا بموت احدهما ولما لم يكن لذكر الوكيل ههنا فائدة تركته (و) ينعزل ايضا (بجنون احدهما) من الوكيل والموكل جنونا (مطبقا) لان قليله بمنزلة الاغماء وهو شهر عند ابى يوسف وحول كامل عند محمد وهو الصحيح (والحكم بلحوقه) اى لحوق احدهما (بدار الحرب مرتدا) فان لحوقه لا يثبت الا بحكم الحاكم فاذا حكم به بطلت الوكالة بالاجماع واما قبله فموقوفة عند ابى حنيفة وانما ينعزل بهذه الاشياء لان الوكالة عقد غير لازم فكان لبقائه حكم الابتداء فيشترط لقيام الامر فى كل ساعة ما يشترط للابتداء (وذا) اى انعزال الوكيل فى صور المذكورة (اذا لم يتعلق به) اى بالتوكيل (حق الغير) واما اذا تعلق به ذلك فلا ينعزل كما اذا شرطت الوكالة فى بيع الرهن كما مر او جعل امر امرأته فى يدها ثم جن الزوج (و) ينعزل ايضا (بتصرفه بنفسه) اى تصرف الموكل (بحيث يعجز الوكيل من الامتثال به كما اذا وكله باعتاق عبده او كتابته او تزويج امرأة او شراء شئ او طلاق او خلع او بيع عبده فاعتق او كاتب او زوج او اشترى او طلق ثلاثا او واحدة ومضت عدتها او خالعها او باع بنفسه فانه لو فعل واحدا منها بنفسه عجز الوكيل من ذلك الفعل فتبطل الوكالة ضرورة حتى ان الموكل اذا طلقها واحدة والعدة قائمة بقيت الوكالة لامكان تنفيذ ما وكل به ولو تزوجها بنفسه وابانها لم يكن للوكيل ان يزوجها منه لزوال حاجته بخلاف ما لو تزوجها الوكيل وابانها حيث يكون له ان يزوج الموكل لان الحاجة باقية (وتعود الوكالة اذا عاد اليه) اى الموكل (قديم ملكه) يعنى اذا وكل ببيع عبده ثم باعه الموكل ثم رد عليه بعيب بقضاء كان للوكيل ان يبيعه وكذا لو وكل كل واحد من رجلين ببيعه فباعه احدهما فرد عليه بعيب فلكل واحد منهما ان يبيعه ثانيا كذا فى الصغرى (او بقى أثره) اى اثر ملكه كما اذا طلق امرأته واحدة وهى فى العدة فتصرف الوكيل غير متعذر بان يوقع الباقى (و) ينعزل ايضا (بافتراق الشريكين وان لم يعلم الشريك) هذا يحتمل امرين احدهما ان يكون الافتراق بهلاك المالين

(قوله ولو غير عدلين) يشمل الفاسقين وكذا قال الزيلعى وعبارة المصنف فى مسائل شتى احسن من هذه وهى ويشترط لعزله خبر عدل او مستورين اه فأخرج الفاسقين (قوله ولما لم يكن لذكر الوكيل ههنا فائدة تركته) يقال ان له فائدة وهى ما يتوهم من انه لو لم يذكر انه ينعزل بموته لتوهم انتقال ما كان له الى ورثته كما لو باع الوكيل فمات فحق قبض الثمن لورثته او وصيه وقيل لموكله كما ذكره فى جامع الفصولين على انه لو سلم ذلك كان عليه ايضا ان يقتصر على ذكر جنون الموكل والحكم بلحوقه مرتدا دون الوكيل اذ هما كالموت وعلى هذا ينبغى ان لا يذكر موت الكفيل بالنفس فيما سيأتى وقد ذكره (قوله وينعزل ايضا بموت الموكل) قال فى جامع الفصولين لو مات الوكيل بالبيع والشراء او غاب او ارتد قيل تنتقل الحقوق الى موكله وقيل لا (قوله وهو شهر عند ابى يوسف) قال فى المضمرات وبه يفتى وفى التجنيس والمختار انه مقدر بشهر لان ما دونه فى حكم العاجل فكان قصيرا والشهر فصاعدا فى حكم الآجل فكان طويلا اه ومثله فى النهاية عن الواقعات الحسامية (قوله وذا اى انعزال الوكيل الخ) صورة تعلق حق الغير بالتوكيل الوكالة بالخصومة من المطلوب بطلب المدعى فلا يملك عزله لما فيه من ابطال حق الغير كما فى شرح المجمع وهذا اذا علم الوكيل بالوكالة وان لم يعلم فله عزله على كل حال كما فى جامع الفصولين (قوله كما اذا شرط الوكالة فى بيع الرهن) لعل صوابه فى مقدار هن (قوله وكذا لو وكل كل واحد من رجلين ببيعه فباعه احدهما فرد عليه بعيب فلكل واحد منهما ان يبيعه) هذا ظاهر فى حق من لم يبع واما الذى باعه فلقائل ان يقول انه لا يملك بيعه ثانيا لانتهاء التوكيل ببيعه الا ان يقال ان غرض الموكل لم يحصل بعد فليحرر (قوله او بقى اثره) اى اثر ملكه كما اذا طلق امرأته واحدة وهى فى العدة فتصرف الوكيل غير متعذر بان يوقع الباقى كذا فى الفتاوى الصغرى والمراد بالباقى الطلقة الواحدة الباقية لا اكثر منها لان (قوله كما اذا طلق امرأته واحدة وهى فى العدة مفيد ايقاع الواحدة فى العدة من طلقة سابقة ولان التوكيل بالتطليق لا يقتضى ايقاع اكثر من واحدة والله تعالى اعلم

(او)

اومال احدهما فعل الشراء فان الشركة تبطل به وتبطل الوكالة التى فى ضمنها علما به اولا لانه عزل حكمى اذا لم تكن الوكالة مصرحا بها عند عقد الشركة وثانيهما ان احدهما اوكلهما لو وكل من يتصرف فى المال جاز فلو افترقا انعزل هذا الوكيل فى حق غير الموكل منهما اذا لم يصرحا بالاذن فى التوكيل وانما ذكرنا الوجهين اذ لو بقى الافتراق على ظاهره لم يصح قولهم وان لم يعلم الشريك اذ لا يصح ان ينفرد احدهما بفسخ الشركة المستلزمة للوكالة بلا علم صاحبه (و) ينعزل ايضا (بعجز موكله لو) كان الموكل (مكاتبا و حجره او) كان (مأذونا) لما مران بقاء الوكالة معتبر بابتدائها لكونها غير لازمة فيشترط فى حالة البقاء قيام الامر كما فى الابتداء وقد بطل بالعجز فتبطل الوكالة علم الوكيل اولا لان البطلان حكمى كما مر (اذا وكل) يعنى ان ماذكر من انعزال وكيل المكاتب بعجزه ووكيل المأذون بحجره اذا وكل ذلك الوكيل (فى العقود والخصومات لا قضاء الدين او اقتضائه) لان العبد مطالب بقضاء مأوليه وله مطالبة استيفاء ماوجب له لان وجوبه كان بعقده فاذا بقى حقه بقى وكيله على الوكالة كالوكيل ابتداء بعد الحجر بعد انعقاد العقد بمباشرته (لا ينعزل بعزل المولى وكيل عبده المأذون) لانه حجر خاص والاذن فى التجارة لا يكون الا عاما فكان العزل باطلا الا يرى ان المولى لا يملك نهيه عن ذلك مع بقاء الاذن ذكره الزيلعى (قال وكلتك بكذا على انى متى عزلتك فانت وكيلى) فانه اذا عزله لم ينعزل بل كان وكيلا له وهذا يسمى وكيلا دوريا واما اذا اراد ان يعزله بحيث يخرج عن الوكالة (يقول فى عزله عزلتك ثم عزلتك) فانه اذا قال عزلتك كان معزولا نظرا الى ظاهر اللفظ ومنصوبا بوجود الشرط حيث قال متى عزلتك فأنت وكيلى واذا قال ثم عزلتك ينعزل عن الوكالة الثانية بهذا اللفظ لان متى يفيد عموم الاوقات لا عموم الافعال (ولو قال كلما عزلتك فأنت وكيلى) لا يكون معزولا بل كلما عزل كان وكيلا لان كلما يفيد عموم الافعال واذ اراد ان يعزله (يقول) فى عزله (رجعت عن الوكالة المعلقة) فاذا رجع عنها لا يبقى لها اثر فحينئذ يقول بعدها (وعزلتك عن) الوكالة (المنجزة) الحاصلة من لفظ كلما فحينئذ ينعزل

كتاب الكفالة

(هى) لغة الضم مطلقا وشرعا (ضم ذمة الى ذمة فى مطالبة النفس او المال او التسليم) قال فى الهداية والكافى وغيرهما هى ضم ذمة الى ذمة فى المطالبة وقيل فى الدين والاول اصح اقول لا صحة للاول فضلا عن كونه اصح لخروج الكفالة بالنفس عنه مع انهم قسموها بعد التعريف الى الكفالة بالنفس والمال ثم ان تقسيم الكفالة الى القسمين يشعر بانحصارها فيهما مع انهم ذكروا فى اثناء المسائل مايدل على وجود قسم ثالث وهو الكفالة بتسليم المال كما سيأتى ولهذا اخترت تعريفا صحيحا متناولا لجميع الاقسام صريحا (وركنها الايجاب) اى ايجاب الكفيل بقوله كفلت عن فلان لفلان بكذا (والقبول) اى قبول الطالب وهو المكفول له (وشرطها) مطلقا (كون المكفول به) نفسا كان اومالا (مقدور التسليم) من الكفيل حتى لا تصح الكفالة بالحدود والقصاص كما سيأتى (وفى الدين كونه

كتاب الكفالة

(قوله قال فى الهداية والكافى وغيرهما هى ضم ذمة الى ذمة فى المطالبة وقيل فى الدين والاول اصح اقول لا صحة للاول فضلا عن كونه اصح لخروج الكفالة بالنفس عنه) قلت نفى صحة الاول غير مسلم لانه انما نفاه بما ادعاه من عدم شموله الكفالة بالنفس والشمول مستفاد منه لان المطالبة مطلقة عن القيد فتكون الالف واللام للعهد الشرعى وهو يكون بالكفالة بالنفس والمال والتسليم ولا اذا كفل بالنفس ضم ذمته الى ذمة المكفول فى المطالبة من حيث هى لم تكن خارجة عن التعريف اه ومن قيد المطالبة بالدين كشارح المجمع يرد عليه ماقاله المصنف (قوله ثم ان تقسيم الكفالة الى القسمين يشعر بانحصارها فيهما الخ) فيه تسامح لان التقسيم الى هذا باعتبار الاصل فليس الثالث خارجا عنه يوضحه قول الشارح والزيلعى رحمهم الله تعالى وانواعها فى الاصل نوعان كفالة بالنفس وكفالة بالمال والكفالة بالمال نوعان كفالة بالديون فتجوز مطلقا اذا كانت صحيحة وكفالة بالاعيان وهى نوعان كفالة باعيان مضمونة فتصح الكفالة بها وذلك كالمغصوب والمهر وبدل الخلع والصلح عن دم العمد ونحو ذلك وكفالة باعيان هى امانة غير واجب التسليم كالودائع والمضاربات والشركة ونحو ذلك مما ليس بواجب التسليم فلا تصح الكفالة بها اصلا وكفالة باعيان هى امانة واجبة التسليم كالعارية والمستأجر او بعين مضمونة بغيره كالمبيع فان الكفالة

لا تصح وبتسليمها تصح ﴿تنبيه﴾ لم يتعرض لذكر سببها وهو مطالبة من له الحق للتوثيق بتكثير محل المطالبة او تيسير وصوله الى حقه

صحيحا) حتى لا يجوز الكفالة ببدل الكتابة كما سيأتى (وحكمها لزوم المطالبة على الكفيل) بما هو على الاصيل نفسا كان او مالا (واهلها اهل التبرع) بان يكون حرا مكلفا فلا تصح من العبد والصبى والمجنون لكن العبد يطالب بعد العتق كذا فى الخلاصة (فالمدعى مكفول له) اذ فائدة الكفالة ترجع اليه (والمدعى عليه مكفول عنه) ويسمى الاصيل ايضا (والنفس) فى الكفالة بالنفس (او المال) فى الكفالة بالمال (مكفول به) فالمكفول عنه والمكفول به فى الكفالة بالنفس واحد (ومن لزم عليه المطالبة كفيل فالكفالة اما بالنفس وان تعددتا) اى الكفالة بالنفس والنفس ايضا الاول ان يأخذ منه كفيلا ثم كفيلا والثانى ان تتعدد النفوس المكفول بها فانه جائز كما يجوز بالديون الكثيرة (او بالمال وما يتعلق به) وهو التسليم (اما الاولى) اى الكفالة بالنفس (فتصح بكفلت بنفسه وبما يعبر به عنها) اى عن النفس كالرأس والوجه والرقبة والعنق والجسد والبدن ككفلت برأسه ووجهه الى آخره (وبجزء شائع) ككفلت بنصفه او ثلثه او ربعه (و) تصح ايضا (بضمنته وبعلى) فان على للالزام فمعناه انا ملتزم تسليمه (والى) فانه يستعمل فى معنى على (وانا به زعيم) فان الزعامة هى الكفالة (او قبيل) هو بمعنى الزعيم (لا بانا ضامن لمعرفته) لان موجب الكفالة التزام التسليم وهو ضمن المعرفة لا التسليم (واختلف فى انا ضامن لتعريفه او على تعريفه) كذا فى الخلاصة (فان عين وقت التسليم احضره فيه اذا طلب) رعاية لما التزمه (كذا) اى احضره ايضا (اذا اطلق) بان قال انا كفيل بنفسه اذا طلبته اسلمه اليك او ان طلبته ونحو ذلك (او عمم) بان قال انا كفيل به كلما طلبته او متى ما طلبته اسلمه اليك (وان لم يحضر حبسه الحاكم) لامتناعه من ايفاء حق لازم عليه لكن لا يحبسه اول ما يدعى لعله لم يعلم لما ذا دعى (وان غاب) اى المكفول عنه (وعلم مكانه امهله) اى الحاكم الكفيل (مدة ذهابه وايابه فان مضت ولم يحضر حبسه وان لم يعلم) اى مكانه (لم يطالب) اى الكفيل (به) اى بالمكفول به لانه عاجز وقد صدقه الطالب فصار كالمديون اذا ثبت اعساره وان اختلفا فقال الكفيل لا اعرف مكانه وقال الطالب تعرفه ينظر فان كان له خرجة معروفة يخرج الى موضع معلوم للتجارة فى كل وقت فالقول قول الطالب ويؤمر الكفيل بالذهاب الى ذلك الموضع لان الظاهر يشهد للطالب والا فالقول قول الكفيل لانه متمسك بالاصل وهو الجهل ومنكر لزوم المطالبة (وان شرط تسليمه فى مجلس القاضى سلمه فيه ولم يجز فى غيره وبه يفتى) فى زماننا لتهاون الناس فى اقامة الحق ذكره الزيلعى وغيره (كفل بالنفس الى شهر يطالب بها بعده) يعنى

(قوله حتى لا يجوز الكفالة ببدل الكتابة) ينبغى ان تكون النفقة كذلك لسقوطها بغير قضاء او براء وهو الموت (قوله لا بانا ضامن لمعرفته) كذا انا كفيل لمعرفة فلان ولو قال معرفة فلان على قالوا يلزمه ان يدله عليه كذا فى الخانية وفى التبيين قال ابو يوسف يصير ضامنا للعرف اى بقوله انا ضامن لمعرفته اه وقال قاضيخان وعن ابى يوسف ان هذا على معاملات الناس وعرفهم (قوله وان لم يحضره حبسه الحاكم) كذا ذكره الزيلعى ثم قال بعده قال العبد الفقير الى الله ينبغى ان يفصل كما فصل فى الحبس بالدين فانه هناك قيل اذا ثبت الحق باقراره لا يعجل بحبسه وامره بدفع ما عليه لان الحبس جزاء المماطلة فلم يظهر باول الوهلة وان ثبت بالبينة حبسه كما وجب لظهوره مطله بالانكار فكذا هنا ينبغى ان يفصل على هذا التفصيل وذكر فى النهاية معزيا الى الايضاح هذا اذا لم يظهر عجزه واما اذا ظهر عجزه فلا معنى لحبسه الا انه لا يحال بينه وبين الكفيل فيلازمه ويطالبه ولا يحول بينه وبين اشغاله جعله كالمفلس بالدين اذا ثبت بالاقرار او بالبينة اه (قوله وان غاب وعلم مكانه الخ) قال فى شرح المجمع عن الذخيرة اذا ارتد المكفول ولحق بدار الحرب يؤمر الكفيل باحضاره ان لم يمنع ولا تسقط كفالته لانه انما اعتبر ميتا حكما فى حق قسمة ماله واما فى حق نفسه فهو حى اه وكذا فى التبيين اه وفيه نوع اشكال لانه اذا اعتبر ميتا فى حق قسمة ماله بالحكم بلحاقه والدين مقدم على الميراث والكفيل انما يطالب باحضاره ليتمكن المكفول له من اخذ حقه وهو ولو كان مؤجلا حل بموت المكفول حكما فيقدم به على الورثة فليتأمل (قوله وان اختلفا الخ) اى ولا بينة للطالب اما لو اقام بينة ان المطلوب فى موضع كذا فان الكفيل يؤمر بالذهاب اليه واحضاره كما فى التبيين (قوله كفل بالنفس الى شهر يطالب بها بعده) اقول واختلف فى كونه كفيلا قبله وفى عدم المطالبة بعده لما قال قاضيخان كفل بنفس رجل الى ثلاثة ايام ذكر فى الاصل انه يصير كفيلا بعد الايام الثلاثة وجعله بمنزلة ما لو قال لامرأته انت طالق الى ثلاثة ايام فان الطلاق يقع بعد ثلاثة ايام وعن ابى يوسف انه يصير كفيلا فى الحال قال وفى الطلاق يقع فى الحال (لو) ايضا وقال الفقيه ابو جعفر يصير كفيلا فى الحال قال وذكر الايام الثلاثة لتأخير المطالبة اليها لا لتأخير الكفالة الا ترى انه لو سلمه اليه قبلها يجبر على القبول كما اذا عجل الدين قبل حلوله وما ذكر فى الاصل اراد به ان يصير كفيلا مطالبا بعد الايام الثلاثة وغيره من المشايخ

اخذوا بظاهر الكتاب وقالوا لايصير كفيلا في الحال فاذا مضت الايام قبل تسليم النفس يصير كفيلا ابدا وقال شمس الائمة

لو قال كفلت لك بنفس فلان الى شهر فانه لايطالبه بتسليم النفس في هذا الشهر ويطالبه به بعد مضي الشهر قال شمس الائمة الحلواني هذا يدل على خلاف مايظنه العوام فانهم يقولون اذا قال رجل بالفارسية لآخر «من فلانرا بذير فتم تا يك سال» انه يطالبه بتسليم النفس في السنة قبل مضي الاجل ولا يطالبه بتسليمها بعد مضي الاجل قال وليس الامر كما يظنون بل الجواب على العكس الا ان يزيدوا في الكفالة فيقولوا «هركاه كه بخواهي بتو سپارم» فحينئذ يطالبه في السنة وبعدها كذا في الخلاصة وفيه ايضا والحيلة في سقوط المطالبة ان يزيد الكفيل في كفالته فيقول انا كفيل بنفس فلان الى كذا من الاجل ثم لا كفالة لك به علي بعد ذلك وانا بريء فاذا قال ذلك فانه لايطالب في الحال ولا بعد مضي الاجل (برئ بموته) اي بموت الكفيل لحصول العجز الكلي عن تسليم المطلوب من الكفيل بعد موته وورثته لم يكفلوا له بشيء وانما يخلفونه فيماله لا فيما عليه ولا تبقى الكفالة باعتبار تركته لامتناع استيفاء النفس من المال بخلاف الكفالة بالمال (و) برئ الكفيل بالنفس ايضا (بموتها) اي النفس المطلوبة لامتناع التسليم (ولو) كان النفس المكفول بها (عبد الكفيل) وانما قال هذا دفعا لتوهم ان العبد مال فاذا تعذر تسليمه تلزمه قيمته فان هذا اذا كان على العبد مال مطالب وكفل بنفسه رجل واما اذا كان الطالب رقبة العبد فسيأتي انه اذا مات واثبت الخصم دعواه ضمن الكفيل قيمته (لا) اي لايبرأ الكفيل (بموت الطالب) بل وارثه اووصيه يطالب الكفيل (و) برئ الكفيل ايضا (بتسليم الكفيل اومأموره) وكيلا كان اورسولا (المطلوب اوتسليم ذلك) اي المطلوب (نفسه الى الطالب) متعلق بقوله وبتسليم (حيث يمكن مخاصمته) متعلق به ايضا يعني اذا سلم الكفيل من كفل به الى الطالب في موضع يمكن مخاصمته برئ وان لم يقل اذا سلمته اليك فانا بريء حتى لوسلمه في برية اوسواد اوسجن حبسه فيه غير الطالب لم يبرأ (قائلا سلمته اليك عن) طرف (الكفيل) في صورة تسليم المأمور (اوسلمت نفسي عنه) اي عن الكفيل في صورة تسليم المأمور نفسه قال قاضيخان المكفول بالنفس اذا سلم نفسه الى المكفول له وقال سلمت نفسي اليك عن الكفيل برئ الكفيل وان لم يقل عن الكفيل لايبرأ الكفيل وكذا لوامر الكفيل رجلا ان يسلم نفس المكفول به الى الطالب ان قال المأمور للطالب سلمت اليك نفسه عن الكفيل برئ الكفيل (وفي تسليم الاجنبي شرط معه) اي مع ماذكر من قوله عن الكفيل (قبول الطالب) قال قاضيخان لوان رجلا اجنبيا ليس بمأمور سلم المكفول به الى الطالب وقال سلمت عن الكفيل ان قبل الطالب برئ الكفيل وان سكت الطالب ولم يقل قبلت لايبرأ الكفيل (كفل بنفسه على انه ان لم يسلمه غدا فهو ضامن لما عليه) من المال (ولم يسلمه غدا صحت الكفالتان) اي بالنفس والمال يعني رجل له على غيره مائة درهم فكفل آخر بنفسه على الوجه المذكور صحت الكفالتان وان لم يواف به غدا فعليه المائة لانه علق الكفالة بالمال بعدم الموافاة وهذا التعليق صحيح لتعامل الناس اياه وان كان القياس يأباه وبالتعامل يترك القياس في البيع كما لو اشترى نعلا على ان يحذوه

الحلواني قول ابي يوسف رحمه الله تعالى انه يطالب الكفيل بتسليم النفس في الايام الثلاثة ولا يطالب بعده اشبه بعرف الناس وعن ابي يوسف في رواية اخرى اذا قال انا كفيل بنفس فلان عشرة ايام او ثلاثة ايام يصير كفيلا في الحال واذا مضت الايام الثلاثة لا يبقى كفيلا ولو قال انا كفيل بنفس فلان الى عشرة ايام يصير كفيلا بعد عشرة ايام كما قال في الاصل قال شمس الائمة الحلواني قال القاضي الامام الاستاذ ابو علي النسفي كان الشيخ الامام ابو بكر محمد بن الفضل رحمه الله تعالى تعجبه هذه الرواية ثم قال قاضيخان وذكر في الاصل انه لو قال كفلت بنفس فلان شهرا يكون كفيلا ابدا كما لو قال انت طالق شهرا يكون طلاقا ابدا اه وهذا يخالف ما نقله في الخلاصة عن ابي يوسف في غير رواية الاصول اذا قال الكفيل للطالب كفلت لك بنفس فلان شهرا فانه تتوجه المطالبة اليه من حين كفل الى ان يمضي شهر فاذا مضى شهر سقطت المطالبة اما لو قال كفلت لك بنفس فلان الى شهر فانه لايطالبه بتسليم النفس في هذا الشهر ويطالبه بعد مضي الشهر قال شمس الائمة الحلواني هذا يدل على خلاف مايظنه العوام الى آخر ما قاله المصنف وبه تعلم وجه اقتصار المصنف على ماجعله متنا واشار بحذف ذكر المبتدأ واقتصاره على الغاية الى ما قال قاضيخان ولو قال انا كفيل بنفس فلان من اليوم الى عشرة ايام يصير كفيلا في الحال واذا مضت العشرة لا يبقى كفيلا في قولهم لانه وقت الكفالة بعشرة ايام والكفالة تقبل التوقيت اه

«قوله «من فلانرا بذير فتم تا يك سال» معناه انا قبلت لك فلانا الى سنة «وقوله «هركاه كه بخواهي بتو سپارم» معناه متى اردت اسلمه لك [illegible] وقم

البائع مع ان بابه اضيق من الكفالة فلان يترك هنا وبابها اوسع لانها من التبرعات اولى واذا لم يواف به حتى لزمه المال لا يبرأ من الكفالة بالنفس اذ لا تنافي بين الكفالتين (فان مات المطلوب ضمن الكفيل المال) بحكم الكفالة (او) مات (الكفيل فوارثه) اى ضمن وارثه (او) مات (الطالب فكذا) اى طلب وارثه (ادعى على رجل مائة دينار لم يبينها) بانها جيدة اودية اوشرفية اوافرنجية لتصح الدعوى (فكفل بنفسه آخر على انه ان لم يسلمه غدا فعليه المائة صحتا) اى الكفالتان عندهما وقال محمد لم تصحا اذ لم تصح الدعوى بلا بيان فلم يجب احضار النفس لعدم صحة الكفالة بها فلم تصح الكفالة بالمال لابتنائها عليها ولهما ان المال ذكر معرفا فينصرف الى ما عليه فتصح الدعوى على اعتبار البيان فاذا بين التحق باصل الدعوى فظهر صحة الكفالة الاولى فيترتب عليها الثانية (والقول له) اى للكفيل (في البيان) اذا اختلفا في وجوده وعدمه لانه يدعي الصحة (لا جبر على اعطاء كفيل في حد وقود) مطلقا عنده وعندهما يجبر في حد القذف لان فيه حق العبد وفي القود لانه خالص حق العبد بخلاف الحدود الخالصة لله تعالى وله ان مبنى الكل على الدرء فلا يجب فيها الاستيثاق بخلاف سائر الحقوق لانها لا تندرئ بالشبهات فيليق بها الاستيثاق (ولو اعطى جاز) لامكان ترتب موجبه عليه وهو المطالبة بالنفس (ولا حبس فيهما) اى في حد وقود (حتى يشهد مستوران او عدل) لان الحبس هنا للتهمة وهي تثبت باحد شطري الشهادة اما العدد والعدالة بخلاف الحبس في الاموال لانه غاية عقوبة فيها فلا يثبت الا بحجة كاملة (واما الثانية) اى الكفالة بالمال (فتصح ولو جهل المكفول به اذا صح دينا) الدين الصحيح دين لا يسقط الا بالاداء او الابراء احترز به عن بدل الكتابة وسيأتي (بكفلت عنه بألف وبمالك عليه وبما يدركك في هذا البيع) وهذا يسمى ضمان الدرك وهو ضمان الاستحقاق اى يضمن المشتري اذا استحق المبيع (وبما بايعت فلانا) اى بايعت منه فاني ضامن لثمنه لا ما اشتريته منه فاني ضامن للمبيع لان الكفالة بالمبيع لا تجوز كما سيأتي وقدمر تمام تحقيقه في كتاب الرهن (او ماذاب) اى وجب (لك عليه) وما في هذه الصورة شرطية معناه ان بايعت فلانا فيكون في معنى التعليق (او علقت) عطف على صح دينا (بشرط) يعني صريح الشرط والا ففي الامثلة السابقة معنى الشرط (ملائم) اى مناسب للكفالة بان يكون شرطا لوجوب الحق (نحو ان استحق المبيع او) لامكان الاستيفاء نحو

(قوله او مات الطالب فكذا) لا يخفى ان الاشارة راجعة الى التضمين ولا يصح اسناده الى وارث الطالب ولذا عدل عنه الى قوله اى طلب وارثه ولا يساعده صنيع متنه (قوله صحتا) اى الكفالتان عندهما اى الامام وابي يوسف وهو قول ابي يوسف آخرا وقال محمد لم يصحا اذ لم تصح الدعوى اى دعوى الطالب فلم يجب احضار النفس اى الى مجلس القاضي وما ذكره المصنف من توجيه قول محمد هو ما وجهه به الكرخي وقال الزيلعي هذا الوجه يوجب ان تصح الكفالة اذا بين المال عند الدعوى والوجه الثاني ما قاله ابو منصور الماتريدي رحمه الله تعالى وهو ان الكفيل علق مالا مطلقا بخطر حيث لم يقل التي لك عليه فكانت هذه رشوة التزمها الكفيل له عند الموافاة به فهذا يوجب ان لا تصح وان بينها المدعي لان عدم النسبة اليه هو الذي اوجب البطلان اه (قوله وعندهما يجبر) ليس المراد جبره بالحبس ونحوه من العقوبة بل امره بالملازمة يدور معه حيث دار وان اراد دخول داره استأذنه فان اذن له دخل معه وان لم يأذن له منعه من الدخول واجلسه في باب الدار كيلا يغيب بالخروج من موضع آخر كما في التبيين (قوله ولو اعطى جاز) اى بالاجماع (قوله ولا حبس فيهما) قال الزيلعي وعن ابي يوسف ومحمد انه لا يحبس بهذه الشهادة لحصول الاستيثاق بالكفالة (قوله اى يضمن المشتري اذا استحق المبيع) المشتري فاعل يضمن ومفعوله محذوف تقديره الكفيل ولكن الكفيل كفالة الدرك اذا استحق المبيع لم يؤاخذ حتى يقضى به على البائع وقال ابو يوسف في المنتقى الكفيل بالدرك يؤاخذه المشتري بالثمن اذا قضى عليه بالاستحقاق وان كان البائع غائبا كذا في شرح المجمع (قوله وما في هذه الصورة شرطية) معناه ان بايعت فلانا فتكون في معنى التعليق اقول لكن ليست ما كمثل ان في عدم العموم لما قال في المبسوط وكذا ما في ما بايعت فلانا عامة لان حرف ما يوجب العموم فاذا لم يؤقت فذلك على جميع العمر وما بايعت مرة بعد فذلك كله على الكفيل ما لم يخرج نفسه عن الكفالة لوجود الحرف الموجب للتعميم في كلامه ويستوي في ذلك ان يبيعه بالنقد وغيره بخلاف ما لو قال اذا او متى او ان اذ لا يلزمه الا الاول وكلما بمنزلة ما اه ملخصا ويشترط قبول الطالب في الحال لما قال في القنية ماغصبك فلان فأنا ضامن يشترط القبول في الحال اه

(ان)

(**قوله** قال فى الهداية الخ) ماقاله ليس عبارتها فانها ويجوز تعليق الكفالة بالشروط مثل ان يقول مابايعت فلانا او ماذاب لك عليه فعلى وماغصبك فعلى والاصل فيه قوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم والاجماع على صحة ضمان الدرك ثم الاصل انه يصح تعليقه بشرط ملائم مثل ان يكون شرطا لوجوب الحق كقوله اذا استحق المبيع اولامكان الاستيفاء مثل قوله اذا قدم زيد وهو مكفول عنه اولتعذر الاستيفاء مثل قوله اذا غاب عن البلد وماذكر من الشروط فى معنى ماذكرناه فامالايصح التعليق بمجرد الشرط كقوله اذا هبت الريح وجاء المطر وكذا اذا جعل واحدا منهما اجلا الا انه تصح الكفالة ويجب المال حالا لان الكفالة لما صح تعليقها بالشرط لاتبطل بالشروط الفاسدة كالطلاق والعتاق اه فقول الهداية فامالا يصح التعليق بمجرد الشرط كقوله اذا هبت الريح اوجاء المطر مسئلة مستقلة صرح فيها بنفى صحة تعليق الكفالة بهبوب الريح ومجئ المطر ويلزم منه نفى جواز الكفالة وفصل مسئلة جعل هبوب الريح ومجئ المطر اجلا عن مسئلة التعليق بمابقوله وكذا اذا جعل واحدا منهما اجلا الا انه تصح الكفالة ويجب المال حالا اه يعني وكذا لايصح التأجيل اوالمراد وكذا لايتحقق الصحة اوالمعنى وكذا لايصح التعليق على ان يكون المراد التأجيل على طريقة الاستخدام ﴿ ٢٩٩ ﴾ وبه يندفع الاشتباه الحاصل فى معرفة فاعل لايصح المقدر فى قوله وكذا اذا جعل وليس قوله الا انه تصح الكفالة راجعا الا الى قوله وكذا اذا جعل واحدا منهما اجلا لان الشرط الغير الملائم لاتصح معه الكفالة اصلا ومع الاجل الغير اللائم تصح حالة ويبطل الاجل لكن تعليل صاحب الهداية بقوله لان الكفالة لما صح تعليقها بالشرط لاتبطل بالشروط الفاسدة يقتضى ان فى التعليق بغير الملائم تصح الكفالة حالة وانما يبطل الشرط والمصرح به فى المبسوط وغيره ان الكفالة باطلة فتصحيحه بحمل لفظ تعليقها على معنى تأجيلها بجامع ان فى كل منهما عدم ثبوت الحكم فى الحال (**قوله** وتبعه صاحب الكافى) ليس كما قيل لان عبارته وان لم يكن اى الشرط ملائما كقوله ان هبت الريح اوجاء المطر اوان دخل زيد الدار لاتصح وكذا اذا كفل به الى مجئ المطر او هبوب الريح بطل الاجل وصحت الكفالة لانهما ليسا من الآجال المعروفة بين التجار اه وكيف يتأتى نسبة ماذكر الى الكافى وقد قال صاحبه فى الكنز مختصر متن الكافى اعنى الوافى ولايصح بنحو ان هبت الريح فان جعل اجلا تصح الكفالة ويجب المال حالا اه والكلام على عبارة الكافى كما ذكرناه فى كلام الهداية (**قوله** وقال الزيلعى) هذ سهو منشأ هذه التسمية اختلاف نسخة من الكنز وعليها شرح الزيلعى بقوله قال ولاتصح بنحو ان هبت الريح فتصح الكفالة ويجب المال حالا اه ولاسهو فى عبارة الكنز كما لاسهو فى الهداية والكافى فلايرد ماقاله الزيلعى على صحيح نسخ الكنز (**قوله** اقول قوله سهو خطأ لان المذكور فى العمادية والاستروشنية ان الكفالة مما لايبطل بالشروط الفاسدة) قلت يلزم منه ان يكون ماقاله المصنف قبل هذا متنا لاتصح بنحو ان هبت الريح اوجاء المطر خطأ لانه عين ماقاله الزيلعى وليس خطأ بل عين الصواب وهذا ليس وجها لتخطئة لان الزيلعى يقول ايضا بان الكفالة مما لايبطل بالشروط الفاسدة وقد ذكره فى شرحه للكنز فى محله وتبعه انت ايضا وليس الكلام هنا فيما اذا كفل بشرط ما اى شرط كان بل فى شرط لاتعلق للحق به ولا هو وسيلة اليه لكن يقال فيه نظر بما ان ماقاله ليس عبارة الهداية والكافى كما ذكرناه وليس نقلا بالمعنى التام فكان على المصنف اى صاحب الدرر رحمه الله تعالى ان يذكر عبارة الكتابين على نحو ماذكرناه (**قوله** فالظاهر ان فيه روايتين) ليس بظاهر اذ لا اختلاف رواية فى ذلك (**قوله** يؤيده ان الصدر الشهيد الخ) غير مسلم بل ماذكره الصدر الشهيد مما شرطه متعارف كما لو قال ان غاب عن المصر بجامع مع تعذر الاستيفاء بالعتق كالغيبة عن المصر (**قوله** ثم يقول هذه المسئلة دليل على ان الكفالة بالشرط الغير متعارف جائز) غير ظاهر اذ لادليل بما ظهر لك انها شرطه متعارف وقد بسطنا الكلام على هذا المحل فى رسالة مسماة ببسط المقالة ورأيت بعد ذلك موافقته لعلامة المرحوم بجوى زاده مكتوبا بحاشية بعض النسخ فلله الحمد والمنة (**قوله** ولاتصح ايضا

ان قدم زيد وهو مكفول عنه او) لتعذر الاستيفاء نحو (ان غاب زيد) المكفول عنه (عن المصر) فان كلا منهما مناسب للكفالة كالشروط المفهومة من الامثلة المذكورة فانها اسباب لوجوب المال فتناسب ضم الذمة الى الذمة (لا) اى لاتصح الكفالة ان علقت (بنحو) اى بشرط غير ملائم نحو (ان هبت الريح اوجاء المطر) قال فى الهداية لايصح التعليق بمجرد الشرط كقوله ان هبت الريح اوجاء المطر الا انه تصح الكفالة ويجب المال حالا لان الكفالة لما صح تعليقها بالشرط لاتبطل بالشروط الفاسدة كالطلاق والعتاق وتبعه صاحب الكافى وقال الزيلعى هذا سهو وقال الحكم فيه ان التعليق لايصح ولايلزمه المال لان الشرط غير ملائم فصار كما لو علقه بدخول الدار ونحوه مماليس بملائم ذكره قاضيخان وغيره اقول قوله سهو خطأ لان المذكور فى العمادية والاستروشنية ان الكفالة مما لاتبطل بالشروط الفاسدة فالظاهر ان فيه روايتين يؤيده ان الصدر الشهيد نقل مسئلة هى ان العبد المأذون اذا لحقه دين وخاف صاحب المال ان يعتقه المولى فقال رجل لصاحب المال ان اعتقه المولى فانا ضامن لدينك عليه صحت الكفالة ثم يقول هذه المسئلة دليل على ان تعليق الكفالة بشرط غير متعارف جائز (ولا) تصح ايضا

(بجهالة المكفول عنه) بجهالة المكفول (له) الاول (نحوماذاب لك على الناس اواحد منهم فعلى و) الثانى (نحوماذاب للناس اواحد منهم عليك فعلى) كذا فى العمادية (و) لا (بنفس حد وقصاص) لما مر ان شرطها كون المكفول به مقدور التسليم من الكفيل وهذا ان ليسا كذلك وانما قال بنفس حد وقصاص احترازا عن الكفالة بنفس من عليه الحد والقصاص فانها تجوز كما مر (و) لا (بحمل دابة معينة مستأجرة له وخدمة عبد معين مستاجر لها) للعجز عن التسليم لانه استحق عليه الحمل على دابة معينة والكفيل لو اعطى دابة من عنده لا يستحق الاجرة لانه اتى بغير المعقود عليه الا يرى ان المؤجر لو حمله على دابة اخرى لا يستحق الاجر فصار عاجزا ضرورة وكذا العبد للخدمة بخلاف ما اذا كانت الدابة غير معينة لان الواجب على المؤجر الحمل مطلقا والكفيل يقدر عليه بان يحمله على دابة نفسه (و) لا (بالثمن للوكل ورب المال) اى اذا باع رجل لرجل ثوبا بامره ثم ضمن الثمن عن المشترى للآمر او باع المضارب مال المضاربة ثم ضمن الثمن لرب المال لا يصح لان حق القبض للوكيل والمضارب ولهذا لا يبطل بموت الموكل حتى لو مات كان له ان يقبض الثمن وكذا لو نهاه الموكل عن قبض الثمن حال حياته لا يعمل بنهيه فلو صح الضمان صار ضامنا لنفسه وانه لا يجوز (وللشريك اذا بيع عبد صفقة) يعنى باع رجلان عبد الرجل صفقة واحدة وضمن احدهما لصاحبه حصته من الثمن بطل الضمان لان الصفقة اذا اتحدت فالثمن يجب لهما مشتركا بينهما فلو صح ضمان احدهما لصاحبه بنصيبه شائعا صار ضامنا لنفسه وهو باطل ولو صح فى نصيب صاحبه خاصة يؤدى الى قسمة الدين قبل القبض وهو باطل لان القسمة تقتضى ان يكون حق كل منهما مفرزا فى حيز على حدة وهو لا يتصور فى الدين وان باعا العبد صفقتين بان باع كل واحد منهما نصفه بعقد على حدة فضمن احدهما لصاحبه حصته من الثمن صح لان الصفقة اذا تعددت فما يجب لكل منهما بعقده يكون له خاصة (و) لا (بالعهدة) لانها اسم مشترك يقع على الصك القديم والعقد وحقوق العقد والدرك وخيار الشرط فتعذر العمل بها قبل البيان ولذلك بطل الضمان (و) لا (بالخلاص) عند ابى حنيفة لان معناه عنده تخليص المبيع عن المستحق وتسليمه الى المشترى وهو غير مقدور له وصح عندهما لان معناه عندهما ضمان الثمن ان عجز عن تسليم العين بورود الاستحقاق فيكون كالدرك (و) لا (ببدل الكتابة) لانه فى معرض الزوال بالعجز فلا يكون دينا صحيحا (و) لا (عن ميت مفلس) يعنى اذا مات من عليه دين ولم يترك شيأ فكفل عنه للغرماء رجل لم تصح عند ابى حنيفة لانه كفل بدين ساقط عن ذمة الاصيل لان الدين عبارة عن اشتغال الذمة بدين يجب اداؤه لكنه فى الحكم مال لانه يؤل اليه فى المال وقد عجز بنفسه وبخلفه فقات عاقبة الاستيفاء فسقط ضرورة (و) لا (بقبول الطالب فى المجلس) اى مجلس عقد الكفالة (الا) فى مسئلة واحدة هى (ان يكفل وارث المريض عنه بغيبة الغرماء) بان يقول المريض لورثته او بعضهم تكفلوا عنى بما على من الدين لغرمائى فضمنوا به مع غيبتهم فانه جائز استحسانا وان كان القياس ان لا يجوز لان الطالب غائب ولا يتم الضمان الا بقبوله وجه

(الاستحسان)

بجهالة المكفول عنه) فيما ذكر آخر الباب خلاف لهذا وهو لو قال اسلك هذا الطريق فان اخذوا مالك فانا ضامن فأخذ ماله ضمن وتصح مع جهالة المكفول عنه اذا كانت الجهالة يسيرة مثل ان يقول كفلت لك بمالك على احد هذين والتعيين الى المكفول له لانه صاحب الحق كما فى التبيين وقال فى جامع الفصولين ما ثبت لك على هؤلاء او على احد هؤلاء تصح (قوله ولا بحمل دابة معينة) قيد بالحمل لان الكفالة بتسليم الدابة المعينة صحيح كما فى التبيين (قوله ولا ببدل الكتابة) كذا مال السعاية عند ابى حنيفة خلافا لهما كما فى شرح المجمع وينبغى ان تكون النفقة كذلك كما قدمناه عن الاشباه والنظائر

الاستحسان انّ هذه وصية منه لورثته بان يقضوا دينه ولهذا يصح وان لم يسم
المريض الدين وغرماءه لان الجهالة لاتمنع صحة الوصية ولهذا قالوا لاتصح الا اذا ترك
مالا (وصحت) اى الكفالة بلا قبول الطالب (عند ابى يوسف) مطلقا فى رواية وفى رواية
اخرى اذا بلغه الخبر واجاز (وبه يفتى) كذا فى تلخيص الجامع الكبير وفى الفتاوى البزازية
(واجمعوا انه) اى الكفيل (اذا قال بطريق الاخبار) بان يقول انا كفيل بما لفلان
على فلان (جاز) كذا فى الخلاصة (و) لا (بالامانات) كالوديعة والمستعار والمستأجر
ومال المضاربة والشركة (و) لا (بالمبيع) قبل القبض (والمرهون) بعد القبض لان من
شرط صحة الكفالة ان يكون المكفول به مضمونا على الاصيل بحيث لايمكنه ان يخرج
عنه الا بدفعه او دفع بدله ليتحقق معنى الضم فيجب على الكفيل والامانات ليست مضمونة
والمبيع قبل القبض ليس مضمون بنفسه بل بالثمن كما مر وكذا الرهن ليس مضمون بنفسه
بل يسقط الدين اذا هلك فلا يمكن ايجاب الضمان على الكفيل فى هذه الصور لعدم وجوبه
على الاصيل (وتجوز) اى الكفالة (بتسليمها) اى تسليم الامانات والمبيع والمرهون فان
كانت قائمة وجب تسليمها وان هلكت لم يجب على الكفيل شئ كالكفيل بالنفس (وقيل
ان وجب) اى تسليمها (على الاصيل) كالعارية والاجارة (جازت) اى الكفالة (به) اى
بتسليمها (والا) اى وان لم يجب تسليمها عليه كالوديعة (فلا) اى لاتجوز الكفالة بتسليمها
(وتصح) اى الكفالة (بالثمن) لانه دين صحيح مضمون على المشترى (والمغصوب
والمقبوض على سوم الشراء والمبيع) بيعا (فاسدا) فانها مضمونة حتى اذا هلكت عنده يجب
الضمان عليه فامكن ايجابه على الكفيل (و) تصح (بالخراج) لانه دين مطالب من جهة
العباد فصار كسائر الديون بخلاف الزكاة فى الاموال الظاهرة والباطنة لان الواجب فيها فعل
هو عبادة والمال محله ولهذا لاتؤخذ من تركته بعد موته الا بوصية (والنوائب) قيل هى ما
يكون بحق كاجرة الحارس وكرى النهر المشترك والمال الموظف لتجهيز الجيش وفداء الاسرى
وقيل هى ماليس بحق كالجبايات التى فى زماننا بأخذ الظلمة بغير حق فان اريد الاول جاز
الكفالة بها اتفاقا لانه واجب مضمون وان اريد الثانى ففيه اختلاف المشايخ (والقسمة) هى
النوائب الا ان القسمة مايكون راتبا والنوائب ليست كذلك وانما يوظفها الامام عند الحاجة
اذا لم يكن فى بيت المال شئ وقيل هى ان يمتنع احد الشريكين من القسمة بينه وبين صاحبه
فيضمنه شخص لانها واجبة (والدرك) وقد مر بيانه (والشجة) وهى الجراحة والكفالة
بها ان يقول كفلت بموجبها وهو الارش (وقطع الاطراف اذا لم يكن موجبه القصاص)
بل الدية اذ الواجب حينئذ مال واجب الاداء (قال ادفعه اليك او اقضيه لايكون
كفالة الا ان يذكر مايدل على الالتزام او علق) قال فى الخلاصة وفى فتاوى النسفى
لو قال لصاحب الدين الدين الذى لك على فلان انا ادفعه اليك او اقضيه لايكون
كفالة مالم يتكلم بما يدل على الالتزام بان يقول كفلت او ضمنت او على او الى
اما لو قال تعليقا يكون كفالة نحو ان قال ان لم يؤد فلان فانا أؤدى تصح (للطالب

(قوله وصحت عند ابى يوسف وبه يفتى) قال فى البرهان وبعض المشايخ افتى بقول ابى يوسف رفقا بالناس اه (قوله وقيل ان وجب اى تسليمها الخ) كذا نقله الزيلعى بصيغة قيل المشعرة بالتمريض وقد نقله فى شرح المجمع عن التحفة بغير تلك الصيغة فقال وفى التحفة الكفالة بامانة غير واجبة التسليم كالوديعة ومال المضاربة والشركة لاتصح اصلا والكفالة بامانة واجبة التسليم كالعارية جائزة وعلى الكفيل تسليمها فان هلك لايجب شئ فان ضمن تسليمها ممن هى فى يده جاز اه (قوله وتصح بالخراج) قيل المراد بالخراج الخراج الموظف وهو الذى يجب بالذمة بأن يوظف الامام كل سنة على ما يراه لا خراج المقاسمة وهو مايقسمه الامام من غلة الارض كالربع او الثلث لانه غير واجب فى الذمة (قوله وله ايضا مطالبة احدهما ولو بعد مطالبة الآخر) مستدرك بما هو اكثر فائدة منه وهو (قوله للطالب مطالبة الكفيل مع الاصيل الخ)

(قوله كفل بأمره رجع عليه بما ادى) اشار به الى انه لا يشترط فى الرجوع ذكر الضمان ولا اشتراط الرجوع وقال فى النهر فلو طولب بالفرق بين الامر بالكفالة وما اذا قال ادعنى زكاة مالى او اطعم عنى عشرة مساكين لا يرجع مالم يقل على انى ضامن وحاصل الفرق ان الامر فى الكفالة يتضمن طلب القرض اذا ذكر لفظة عنى وفى قضاء الزكاة والكفارة طلب اتهاب ولو ذكر لفظة عنى والحاصل انه انما يرجع فى الكفالة بالامر اذا قال عنى او على وان لم يقل ذلك فان كان خليطا رجع والا لا اه وقال قاضيخان ذكر فى الاصل اذا امر صيرفياله فى المصارفة ان يعطى رجلا الف درهم قضاء عنه او لم يقل قضاء عنه ففعل المأمور فانه يرجع الصيرفى على الامر فى قول ابى حنيفة رحمه الله فان لم يكن صيرفيا لا يرجع الا ان يقول عنى ولو امره اسير بشرائه او بدفع الفداء يرجع عليه استحسانا وان لم يقل على ان يرجع على بذلك وكذا لو قال انفق من مالك على عيالى او فى بناء دارى رجع ﴿٣٠٢﴾ بما انفق وكذا لو قال اقض دينى يرجع على كل حال اه (قوله بخلاف المأمور باداء الدين فانه يرجع بما ادى) اى من الزيوف فيأخذ زيوفا مثلها ولو تجوز بها رب الدين عن الجياد وان ادى اجود رجع بمثل الدين اه وقال فى الخلاصة لو اعطاه بهاى بالجياد التى كفلها دنانير او شيئا من المكيل او الموزون له ان يرجع بمثل ما ضمن اه (قوله وان اجاز بعد العلم الخ) هذا اذا اجاز بعد المجلس اما اذا اجاز فى المجلس فانها تصير موجبة للرجوع كذا فى البحر عن العمادية (قوله قال اضمن الفا لفلان على الخ) فيه تأمل لانه لا يظهر فيه مخالفة لحكم ما اذا امره بالكفالة عنه لان صيغة على كقوله عنى واحدى الصيغتين كاف للرجوع واذا تجرد الكلام عنها جميعا لا يرجع المأمور الا ان يكون خليطا للآمر او فى عياله او صيرفياله فيرجع مطلقا كما ذكر فلا يظهر وجه الجمع بينهما اى الصيغتين لاشتراط الرجوع ولعل لفظة على زائدة لتكون بيانا لما يكون به كفيلا بالامر ومالا يكون والذى ظهر لى ان فى هذا سهوا بزيادة لفظة على بمسئلة ذكرها فى شرح المجمع بقوله ولو قال لغير خليط اى لمن لم يكن مخالطاله فى الاخذ والاعطاء ولا هو فى عياله اقض فلانا الفا ولم يقل عنى فادى المأمور الفا يحكم له اى ابو يوسف للمأمور (اذا) بالرجوع وقالا لا يرجع قيد بغير خليط اذلو كان خليطا يرجع اتفاقا لقيام قرينة على ان الدين للآمر وقيد بقوله اقض لانه لو قال اد لا يرجع اتفاقا وقيد بقوله ولم يقل عنى اذ لو قال عنى يرجع اتفاقا وقيدنا بقولنا ولا هو فى عياله لانه لو كان فى عياله او الآمر فى عيال المأمور يرجع اتفاقا من الحقائق له ان القضاء انما يكون بدين واجب والظاهر ان الانسان انما يأمر بقضاء دين عليه لا على غيره فصار كانه قال اقض عنى ولهما ان قوله اقض الفا يحتمل ان يكون دينا للمأمور وان يكون دينا للآمر لان الانسان اذا رأى غيره يماطل فى دينه يأمر بالقضاء فلا يرجع بالشك اه وقال الكمال ان الرجوع مقيد بأمرين احدهما ان يكون المطلوب ممن يصح منه الامر فيخرج الصبى والعبد المحجور

مطالبة الاصيل مع الكفيل) لان مفهوم الكفالة وهو ضم ذمة الى ذمة فى المطالبة يقتضى قيام الذمة الاولى لا البراءة عنها (الا اذا شرط البراءة فتكون) اى الكفالة حينئذ (حوالة) اعتبارا للمعنى (كما ان الحوالة بشرط عدم البراءة) اى براءة المحيل (كفالة وله) ايضا (مطالبة احدهما ولو بعد مطالبة الآخر) لان مقتضاها الضم لا التمليك بخلاف المالك اذا اختار احد الغاصبين حيث يتضمن التمليك منه اذا قضى القاضى به فلا يمكنه التمليك من الثانى (كفل بمالك عليه) اى قال كفلت بمالك عليه (فان برهن) اى الطالب (على الف لزمه) اى الالف للكفيل فان الثابت بالبرهان كالثابت بالعيان (والا) اى وان لم يبرهن صدق الكفيل فيما يقر به مع يمينه) لانه منكر للزيادة (لا الاصيل فى الزائد عليه) فى حق الكفيل يعنى ان اعترف الاصيل بالزائد على ما اقر به الكفيل لم يصدق على كفيله لانه اقرار على الغير ولا ولاية له عليه بل يصدق فى غير نفسه (كفل بامره) يعنى تجوز الكفالة بامر المكفول عنه وبلا امره لاطلاق قوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم فاذا كفل بامره وادى (رجع عليه) اى المكفول عنه (بما ادى اذا ادى ما ضمنه) لانه قضى دينه بامره فيرجع عليه واذا ادى خلافه رجع بما ضمن لا بما ادى حتى لو كفل بالجياد وادى الزيوف وتجوز من له الدراهم على المكفول عنه رجع بالجياد ولو كفل بالزيوف وادى الجياد رجع عليه بالزيوف لان رجوع الكفيل بحكم الكفالة وانما يرجع بما يدخل تحت الكفالة بخلاف المأمور باداء الدين فانه يرجع بما ادى اذ لا يجب عليه شئ حتى يملكه بالاداء بل كان مقرضا فيرجع بما ادى (ولا يطالبه) اى الكفيل المكفول عنه بالمال (قبل الاداء) الى المكفول له لانه لا يملك ما فى ذمة المكفول عنه ويملكه بعده فيرجع (وبدونه) اى بدون امره (لم يرجع) بما ادى لانه متبرع فيه (وان) وصلية (اجاز) اى المكفول عنه (بعد العلم) لان كل كفالة تنعقد غير موجبة للرد لا تنقلب موجبة ابدا كذا فى العناية (قال اضمن الفا لفلان على) فضمن) فأدى لم يرجع عليه الا

وثانيهما يشتمل كلامه على لفظة عني كان يقول اكفل عني اضمن عني لفلان او على اه وقال قاضيخان رجل قال لغيره اكفل لفلان ان بألف درهم عني او قال انقد فلانا الف درهم له على او قال اضمن له عني او قال اضمن له الالف التي لي على او قال اقضه ماله على او قال اقضه عني او قال اعطه الالف التي له على او قال اعطه

عني الف درهم او قال اوفه عني الف درهم ففعل المأمور فانه يرجع على الآمر في هذه المسائل بما دفع في رواية الاصل وعن ابي حنيفة رحمه الله تعالى في المجرد اذا قال لآخر اضمن لفلان الالف التي له على فضمنها وادى اليه يكون متطوعا في الضمان ولا يرجع على الآمر الا ان يكون خليطا للآمر فيرجع عليه وكذا في قوله اقضه والخليط هو الذي يكون في عياله كالوالد والولد والزوجة وابن الاخ في عياله او اجيره او شريكه شركة عنان كذا قال في الاصل وذكر في بعض المواضع الخليط هو الذي يأخذ منه الرجل ويعطيه ويؤاتيه ويضع عنده المال وان لم يكن في عياله اه (قوله كما في الكفالة بالنفس) لم يذكره ثمة كذلك (قوله فان لوزم لازمه الخ) هذا اذا لم يكن من اصول الدائن فاذا كان الدين اصلا لا يحبس كفيله ولا يلازم لما يلزم من فعله ذلك بالاصيل وهو ممتنع ولنافيه رسالة (قوله ابرأ الطالب الاصيل الخ) حاصله ان الكفيل حكم ابرائه وفي الهبة يختلف في الابراء لا يحتاج الى القبول والهبة والصدقة يحتاج الى القبول. وفي الاصيل يتفق حكم ابرائه والهبة والصدقة فيحتاج الى القبول في الكل اه وموت الاصيل قبل القبول والرد يقوم مقام القبول ولو رده ارتد ودين الطالب على حاله واختلف المشايخ ان الدين هل يعود الى الكفيل ام لا فبعضهم يعود وبعضهم لا كما في الفتح (قوله برئا اي الاصيل والكفيل لانه اضاف الصلح الخ) الضمير في لانه راجع للكفيل ولم يمان لما اذا صالح الاصيل

اذا قال عني) كما في الكفالة بالنفس (فان لوزم) اي لازم الطالب الكفيل لطلب المال (لازمه) اي الكفيل المكفول عنه (وان حبس) اي صار الكفيل محبوسا (حبس هو) المكفول عنه اذ لم يلحقه ما لحقه الا من جهته فيجازى بمثله (ابرأ الطالب الاصيل ان قبل) اي الاصيل الابراء (برئا) اي الاصيل والكفيل معا (او اخره) اي الطالب الطلب (عنه) الاصيل (تأخر عنهما) لانه الاصل والكفيل تابع (بلا عكس فيهما) لاستلزامه تبعية الاصل للفرع (ولو ابرأ) اي الطالب (الكفيل) فقط (برئ وان لم يقبل) اذ لا دين عليه ليحتاج الى القبول بل عليه المطالبة وهي تسقط بالابراء (ولو وهب الدين له) اي الكفيل ان كان غنيا (او تصدق عليه) ان كان فقيرا (يشترط القبول) كما هو حكم الهبة والصدقة وهبة الدين لغير من عليه الدين تصح اذا سلطه عليه والكفيل مسلط على الدين في الجملة كذا في الكافي (ويعده له الرجوع على الاصيل) كذا في التتارخانية (صالح احدهما) من الاصيل والكفيل (الطالب عن الف على خمسمائة برئا) اي الاصيل والكفيل لانه اضاف الصلح الى الالف الدين وهو على الاصيل فبرأ عن خمسمائة وبراءته توجب براءة الكفيل (و) وان اداها الكفيل (رجع على الاصيل بها) اي بخمسمائة اداها (ان كفل بأمره) اذ بالاداء يملك ما في ذمة الاصيل فاستوجب الرجوع (ولو) صالح (على جنس آخر رجع بالالف) لانه مبادلة فملك ما في ذمة الاصيل فرجع بكله عليه (صالح) اي الكفيل (عن موجب الكفالة لم يبرأ الاصيل) لان موجبها المطالبة وابراء الكفيل عنها لا يوجب ابراء الاصيل (قال الطالب للكفيل برئت الى من المال رجع على الاصيل) لانه اقرار بقبض المال من الكفيل لانه اسند البراءة الى الكفيل وغياها الى نفسه بقوله الى والبراءة التي ابتداؤها من الكفيل وانتهاؤها الى الطالب لا تكون الا بالايفاء فكان هذا اقرارا بالقبض منه فيرجع ان كانت الكفالة بامره (وفي ابراتك لا) اي لا يرجع لانه ابراء لا اقرار منه بالقبض من الكفيل (واختلف في برئت) يعني اذا قال الطالب للكفيل برئت ولم يقل الي فهو ابراء عند محمد وعند ابي يوسف اقرار بالقبض هذا كله اذا غاب الطالب (وان كان حاضرا رجع اليه في البيان) لصدور الاجمال عنه (لا يصح تعليق البراءة منها) اي من الكفالة (بالشرط) مثل اذا جاء غد فانت برئ منها لان في الابراء معنى التمليك كالابراء عن الدين وهذا على قول من يقول بثبوت الدين على الكفيل ظاهر واما على قول من يقول بثبوت المطالبة فقط فلان فيها تمليك المطالبة وهي كالدين لانها وسيلة اليه والتمليك لا يقبل التعليق بالشرط وقيل يصح لان الثابت فيها على الكفيل المطالبة لا الدين في الصحيح فكان اسقاطا محضا كالطلاق والعتاق وقيل اذا كان الشرط مما

لظهوره (قوله وعند ابي يوسف اقرار بالقبض قال في العناية وقيل ابو حنيفة رحمه الله مع ابي يوسف في هذه المسألة وكان المصنف يعني صاحب الهداية اختاره فأخره وهو اقرب الاحتمالين فالمصير اليه اولى اه (قوله وهذا كله) راجع للمسائل الثلاث (قوله وقيل يصح) اي تعليق البراءة من الكفالة بالشرط وهو اوجه لان المنع لمعنى التمليك واذ يتحقق بالنسبة الى المطلوب اما الكفيل فالمتحقق

عليه المطالبة فكان ابراؤه اسقاطا محضا كالطلاق ولهذا لا يرتد بالرد من الكفيل بخلاف الاصيل لانه لا يصح تعليقه لان فيه معنى تمليك المال كذا في الفتح (قوله كذا في العناية) لعل صوابه النهاية (قوله فان ادى وارثه لم يرجع قبل حلوله) وقال زفر يرجع عليه في الحال (قوله وان مات المطلوب قبل الاجل حل عليه الاجل فقط) اى لا على الكفيل فالطالب ان شاء طالب في تركة المطلوب الآن لحلول الاجل بالموت وان شاء صبر الى حلول الاجل فطالب الكفيل (قوله لان دينه ثابت على كل منهما في حال الحياة) ينبغي ان يقال في التعليل لان بموتهما حل الاجل على كل منهما ﴿ ٣٠٤ ﴾ اه على ان ثبوت الدين على كل منهما انما هو على خلاف الصحيح كما تقدم (قوله وان ربح الكفيل به) اى بالمال الذى قبضه الكفيل من المطلوب قبل ان يعطى الطالب طاب له هذا اذا قبضه على وجه الاقتضاء وقد قضى الكفيل الدين فلا خبث في الربح اصلا في قولهم جميعا واما اذا قضاه الاصيل ففي الربح نوع خبث على قول الامام رحمه الله وان قبضه على وجه الرسالة لا يطيب له الربح على قول الامام ومحمد وعلى قول ابى يوسف يطيب لعدم التعيين وهذا الخلاف في الربح بالدراهم المغصوبة كما في التبيين والنهاية وقال في القنية دفع المديون الى الكفيل قبل ان يوفى ولم يقل قضاء ولا بجهة الرسالة فانه يقع عن القضاء اه فعليه يكون للكفيل ما ربح عند الاطلاق (قوله وندب رده على قاضيه فيما يتعين) هذا رواية الجامع الصغير عن ابى حنيفة وهو الاصح وفي رواية كتاب البيوع والاصل عنه الربح له لا يتصدق به ولا يرد على الاصيل وبه اخذ ابو يوسف ومحمد وفي رواية كتاب الكفالة عنه انه لا يطيب له ولا يتصدق به ووجه كل في العناية ثم اذا رده على قاضيه فان كان فقيرا طاب له وان كان غنيا ففيه روايتان قال الامام فخر الاسلام والاشبه ان يطيب له كذا في النهاية وقال الكمال والاوجه طيبه له (قوله وهذا اذا قضى الاصيل الدين) كذا قاله الزيلعي ثم قال وهذا يعني الخلاف اذا اعطاه على وجه القضاء لدينه وان دفع اليه على وجه الرسالة لا يطيب له الربح بالاتفاق (قوله (رجل) ذكره الزيلعي) وذكر وجوها اخر لتسميته ثم قال وهذا النوع مذموم شرعا اخترعه اكلة الربا وقال عليه الصلاة والسلام اذا تبايعتم بالعين واتبعتم اذناب البقر ذللتم وظهر عليكم عدوكم اه وقال الكمال وهذا البيع مكروه وقال ابو يوسف رحمه الله لا يكره هذا البيع لانه فعله كثير من الصحابة رضي الله عنهم وحمدوا ذلك ولم يعدوه من الربا حتى لو باع كاغدة بألف يجوز ولا يكره وقال محمد رحمه الله

لا منفعة فيه للطالب اصلا نحو اذا جاء غد لا يجوز واذا كان ملائما متعارفا فيه نفع للطالب يجوز كما اذا كفل بالمال والنفس وقال ان وافيتك به غدا فانا برئ من المال فقبل الطالب فوافاه الكفيل في الغد فهو برئ من المال كذا في العناية (مات الكفيل قبل الاجل حل) اى الدين (عليه فان ادى وارثه لم يرجع قبل حلوله) لان الكفيل التزم الدين مؤجلا فلو رجعوا بالمعجل وهو اكثر من المؤجل في المالية يكون ربا (وان مات المطلوب قبل الاجل حل عليه الاجل فقط وان ماتا) اى الكفيل والمكفول عنه (فالطالب يأخذه من اى التركتين شاء) لان دينه ثابت على كل واحد منهما كما في حال الحياة (لا يسترد اصيل ما ادى الى كفيله ليدفعه الى طالبه (وان لم يعطه طالبه) اذ تعلق حق به على احتمال قضائه الدين فلا يجوز الاسترداد ما بقى هذا الاحتمال كمن عجل زكاته ودفعها الى الساعى (وان ربح) اى الكفيل (به) اى بالمال الذى قبضه الكفيل من المطلوب قبل ان يعطيه الطالب (طاب له) اى للكفيل لانه ملكه بالقبض وكان الربح بدل ملكه (وندب رده) اى الربح (على قاضيه) وهو الاصيل (فيما يتعين) بالتعيين كالحنطة والشعير هذا اذا قضى الاصيل الدين وهو قول ابى حنيفة وعنه انه يتصدق به وقالا لا يطيب له الربح وهو رواية عنه (امر كفيله ببيع العينة ففعل فالمبيع للكفيل والربح) الذى حصل للبائع يكون (عليه) اى الكفيل لا الآمر بيانه ان الاصيل امر الكفيل ببيع العينة وهو ان يقول له اشتر من الناس نوعا من الاقمشة ثم بعه فما ربحه البائع منك وخسرته انت فعلى وهو يأتى الى تاجر فيطلب منه القرض ويطلب التاجر منه الربح ويخاف من الربا فيبيعه التاجر ثوبا يساوي عشرة مثلا بخمسة عشر نسيئة فيبيعه هو في السوق بعشرة فيحصل له العشرة فيجب عليه للبائع خمسة عشر الى اجل او يقرضه خمسة عشر درهما ثم يبيعه ثم المقرض ثوبا يساوى عشرة بخمسة عشر فيأخذ الدراهم التى اقرضه على انها ثمن الثوب فيبقى عليه الخمسة عشر قرضا فاذا فعل ذلك نفذ عليه والربح الذى ربحه التاجر يلزمه ولا يلزم الآمر شئ لانه اما ضامن لما يخسره كما قال بعضهم نظرا الى قوله على فانها للوجوب فلا يجوز كما اذا قال لرجل بائع في السوق ما خسرت فعلى واما توكيل بالشراء كما قال بعضهم نظرا الى الامر به فلا يجوز ايضا لجهالة نوع الثوب في ثمنه ويسمى هذا النوع من البيع عينة لما فيه من السلف يقال باعه بعينة اى نسيئة ذكره الزيلعي (كفل بما ذاب له او قضى له عليه او بما لزمه له) اى كفل رجل عن

رجل لرجل بماذاب له عليه (فغاب الاصيل فبرهن المدعى على الكفيل ان له على الاصيل كذارد) اى لم يقبل برهانه على الكفيل حتى يحضر الغائب فيقضى عليه لان شرط وجوب المال على الكفيل القضاء بالمال على الاصيل وهو لم يوجد لكونه غائبا (برهن ان له على زيد) الغائب (كذا وهذا كفيله قضى على الوكيل) لان المدعى ههنا مال مطلق فامكن اثباته بخلاف ما تقدم فانه مقيد بكون المال مقضيا به على الاصيل ولو زاد بامره قضى عليهما) لان الكفالة بامره تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء وبغير امره تبرع ابتداء وانتهاء فالقضاء باحدهما لايكون قضاء بالآخر فاذا قضى بها بالامر ثبت وهو يتضمن الاقرار بالمال فيصير مقضيا عليه والكفالة بغير امره لايمس جانبه لان صحتها تعتمد قيام الدين فى زعم الكفيل فلا يتعدى عنه وفى الكفالة بالامر يرجع الكفيل بما ادى على الآمر (كفالته بالدرك تسليم) للمبيع واقرار منه بان لا حق له فى المبيع حتى لاتجوز له بعد هادعوى ملكيته (ككتب شهادته فى صك كتب فيه باع ملكه او) باع (بيعا نافذا باتا) فانه ايضا تسليم للمبيع واقرار منه بان لا حق له فى المبيع (لا كتب شهادته فى صك بيع مطلق) عن قيد الملكية وكونه نافذا باتا (فانه لايكون تسليما) بل تسمع بعده دعوى الملكية اذ ليس فيه ما يدل على اقراره بالملك للبائع لان البيع قد يصدر عن غير المالك ولعله كتب الشهادة لحفظ الواقعة بخلاف ما تقدم فانه مقيد بما ذكر (ككتب شهادته على اقرار العاقدين) فانه ايضا لايكون تسليما اذ لايتعلق به حكم وانما هو مجرد اخبار ولو اخبر بان فلانا باع شيئا كان له ان يدعيه قال ضمنته لك الى شهر وقال الطالب حالا فالقول للضامن) يعنى اذا قال الكفيل للطالب ضمنت لك عن فلان الفا الى شهر فلا تطالبنى الآن وقال الطالب هو حال فالقول للكفيل (وعكس فى لك على مائة الى شهر اذا قال الآخر حالة) والفرق ان الكفيل لم يقر بالدين اذ لا دين عليه فى الصحيح كما مر مرارا بل اقر بمجرد المطالبة بعد الشهر والطالب يدعى عليه المطالبة فى الحال وهو ينكر فالقول له والمقر اقر بالدين ثم ادعى حقا لنفسه وهو تأخير المطالبة الى شهر فلا يقبل قوله بلا بينة (لايؤاخذ ضامن الدرك اذا استحق المبيع قبل القضاء على البائع بالثمن) لان البيع لاينقض بمجرد الاستحقاق ما لم يقض بالثمن على البائع فلا يجب رد الثمن على الاصيل فلا يجب على الكفيل (قال لآخر اسلك هذا الطريق فانه امن فسلك واخذوا ماله لم يضمن ولو قال ان كان مخوفا واخذ مالك فانا ضامن) وباقى المسئلة بحالها (ضمن) وصار غار الاصل ان المغرور انما يرجع على الغار اذا حصل الغرور فى ضمن المعاوضة او ضمن الغار صفة السلامة للمغرور نصا حتى لو قال الطحان لصاحب الحنطة اجعل الحنطة فى الداو فجعلها فى الداو فذهب من ثقبه ما كان فيه الى الماء والطحان كان عالما به يضمن لانه صار غارا فى ضمن العقد بخلاف المسئلة الاولى لانه ثمة ما ضمن السلامة بحكم العقد وههنا العقد يقتضى السلامة كذا فى العمادية

فصل

(لهما دين على آخر فكفل احدهما لصاحبه بنصيبه لم يجز) يعنى اذا كفل

هذا البيع فى قلبى كامثال الجبال اخترعه اكلة الربا وقد ذمهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال اذا تبايعتم بالعين واتبعتم اذناب البقر ذللتم فظهر عليكم عدوكم اى اشتغلتم بالحرث عن الجهاد وفى رواية سلط عليكم شراركم فيدعو خياركم فلا يستجاب لكم وقيل اياك والعينة فانها لعينة واشد من بيع العينة البياعات الكائنة الآن كبيع العسل والزيت والشيرج وغير ذلك استقر الحال على وزنها مظفروفة ثم اسقاط مقدار معين على الظرف وبه يصير البيع فاسدا ولا شك انه بحكم الغصب المحرم فأين هو من بيع العينة الصحيح المختلف فى كراهته ثم قال الكمال والذى فى قلبى انه اذا اخذ ثوبا بثمن من غير اقتراض ورد بعضا من الثمن وبيعه الغير من اخذ منه فلا كراهة فيه (قوله ولو زاد بأمره قضى عليهما) قال الزيلعى وشارح المجمع ويرجع الكفيل بما قضى به عليه على الاصيل ولو كان انكره خلافا لزفر (قوله ولو قال ان كان مخوفا الخ) وارد على ما قدمه بقوله ولا تصح بجهالة المكفول عنه

فصل

(قوله لهما دين على آخر الى قوله كذا فى الوجيز) مستدرك بما قدمه بقوله ولا شريك اذا بيع عبد صفقة مع زيادة على هذا والمسئلة فى الهداية الا ان قوله ولو قضى بحكم الضمان الخ لم يتقدم ذكره

احد الشريكين لصاحبه بنصيبه من الدين لم يجز لانه لوانصرف الى نصيبه يكون قسمة الدين وهو باطل ولو انصرف الى الشائع يكون ضامنا لنفسه فلو نضى بحكم الضمان له ان يسترد للاداء بعقد فاسد كما مر ولو ادى متبرعا جاز لان التبرع لا يتم الا بالقبض وبه يصير عينا وتميز نصيب شريكه بصيرورته عينا بفعله كذا فى الوجيز شرح الجامع الكبير (وعليهما دين لآخر) بان اشتريا عبدا بالف وكفل كل عن الآخر جاز) لعدم المانع (ولم يرجع على شريكه الا بما اذى زائدا على النصف) لان كلا منهما اصيل فى النصف) وكفيل فى النصف فما يؤديه ينصرف الى ما عليه اصالة اذ لا معارضة بين ما عليه اصالة وبين ما عليه كفالة لان الاول دين والثانى مطالبة فقط واما الزائد فينصرف الى ما عليه كفالة ولانه لو وقع فى النصف من صاحبه كان لصاحبه ان يرجع عليه بان يجعل المؤدى عنه لان المؤدى نائبه واداء نائبه كادائه فيؤدى الى الدور (كفلا بشئ عن رجل بالتعاقب وكفل كل به) اى بذلك الشئ (عن الآخر بأمره) يعنى اذا كان على رجل الف درهم مثلا فكفل عنه رجلان كل منهما بجميعه على الانفراد ثم كفل كل منهما عن صاحبه بما لزمه بالكفالة اذ الكفالة بالكفيل جائزة (فادى) اى احدهما (رجع بنصفه على شريكه) ثم يرجعان على الاصيل (او) رجع هو (بالكل على الاصيل) لان ما عليهما مستويان بلا ترجيح اذ الكل كفالة فيكون المؤدى شائعا بينهما فيرجع بنصفه على شريكه اذ لا يؤدى الى الدور هذا اذا كفل كل منهما عن صاحبه بالجميع (واما اذا كفل كل) منهما (بالنصف ثم) كفل (كل عن صاحبه فهى كما قبلها) اى كالمسئلة الاولى (فى الصحيح) حتى لا يرجع على شريكه بما ادى ما لم يزد على النصف (كذا لو كفلا) عن الاصل (بالجميع معا ثم) كفل (كل عن صاحبه) لان الدين ينقسم عليهما نصفين فلا يكون كفيلا عن الاصيل بالجميع (او كفل كل به) اى بالجميع (متعاقبا ثم كل عن صاحبه بالنصف) لما ذكر (وان ابرأ الطالب احدهما اخذ الآخر بكله) لان ابراء الكفيل لا يوجب براءة الاصيل فبقى المال كله على الاصيل والآخر كفيل عنه بكله فيأخذه (افترق المتفاوضان) اى الشريكان شركة مفاوضة اخذ الغريم ايا شاء بكل دين) لان كلا منهما كفيل عن الآخر كما سيأتى فى كتاب الشركة (ولا يرجع حتى يؤدى اكثر من النصف) لما ذكر فى الكفالة الرجلين (كاتب عبديه بعقد) بان قال كاتبتكما بألف الى سنة مثلا (وكفل كل عن صاحبه جاز) استحسانا والقياس ان لا يجوز لان فيه كفالة المكاتب والكفالة ببدل الكتابة وكل منهما بانفراده باطل وعند الاجتماع اولى فصار كما اذا تعاقبت كتابتهما فانه باطل ولهذا قال بعقد وجه الاستحسان ان تصرف الانسان يجب تصحيحه بقدر الامكان وقد امكن ههنا بان يجعل كل المال على كل منهما فى حق المولى وحق نفسه وعتق الآخر معلقا بأدائه لان معنى قوله كاتبتكما بألف ان اديتما الف درهم فأنتما حران فكأنه قال لكل منهما ان اديت الالف فأنت حر فيكون عتق كل واحد منهما معلقا بأداء الالف ولا يحصل عتقه بأداء نصفه اذ الشرط يقابل المشروط جملة ولا يقابله اجزاء

(قوله اى كالمسئلة الاولى) يعنى انها اولى باعتبار هذه والا فهى باعتبار اول الفصل ثانية (قوله والآخر كفيل عنه فيأخذه) اى بالمال (قوله لما ذكر فى كفالة الرجلين) يعنى فى المسئلة الثانية من هذا الفصل

فيطالب المولى كلا منهما بجميع المال بحكم الاصالة لا الكفالة فايهما ادى عتق وعتق الآخر تبعا له كما في ولده المكاتب (فما ادى احدهما رجع) على الآخر (بنصفه) لاستوائهما ولو رجع بالكل اولم يرجع بشئ انتفى المساواة (وان اعتق احدهما) قبل ان يؤديا شيئا (جاز) لمصادفته ملكه وبرئ المعتق عن النصف لانه لم يرض بالمال الا ليكون وسيلة الى العتق ولم يبق وسيلة فيسقط النصف ويبقى النصف على الآخر لان المال في الحقيقة مقابل برقبتهما حتى يكون موزعا منقسما عليهما وانما جعل على كل منهما لتصحيح الضمان فكان ضروريا لا يتعدى غير موضعهما واذا اعتق استغنى عنه وانتفى الضرورة فاعتبر مقابلا برقبتهما فلهذا يتنصف واذا اعتق المولى احدهما (اخذ ايا شاء بحصة من لم يعتقه) اما اخذ المعتق فبالكفالة واما اخذ صاحبه فبالاصالة اعترض بان اخذ المعتق بالكفالة تصحيح للكفالة ببدل الكتابة وهو باطل واجيب بان كلا منهما كان مطالبا بجميع الالف والباقي بعد ذلك تبقى على تلك الصفة لان البقاء يكون على وصف الثبوت (فان اخذ المعتق رجع على صاحبه) اى بما ادى لانه اداه عنه بأمره (وان اخذ الآخر لا) اى لا يرجع عليه لانه اداه عن نفسه (مال لا يجب على عبد حتى يعتق) وهو دين لم يظهر في حق المولى كما اذا لزمه باقراره او استقراضه او وطئه بشبهة او استهلاكه وديعة فانها لا تظهر في حق المولى بل يؤخذ بها العبد بعد عتقه (حال على من كفل به) كفالة (مطلقة) عن قيد الحلول والتأجيل لان المال حال عليه لوجود السبب وقبول الذمة لكنه لا يطالب لان ماله في يد مولاه ولم يرض بتعلقه به والكفيل غير معسر بخلاف ما اذا كفل بدين مؤجل حيث لا يلزم الكفيل حالا لانه التزم المطالبة بالدين المؤجل (وان ادى رجع عليه بعد عتقه او كفل بأمره) لان الكفيل بالاداء ملك الدين وقام مقام الطالب فلا يطالبه قبل الحرية (ادعى على عبد مالا وكفل بنفسه رجل فمات العبد برئ الكفيل) لبراءة الاصيل بموته كما اذا كان المكفول بنفسه حرا (مات عبد مكفول برقبته فبرهن انه لمدعيه ضمن الكفيل قيمته) يعني ادعى رجل رقبة عبد فكفل به آخر فمات العبد فأقام المدعي البينة انه كان له ضمن الكفيل قيمته اذا كان على المولى رده على وجه يخلفه قيمته وقد التزم الكفيل ذلك وبعد موته تبقى القيمة على الاصيل فكذا الكفيل (كفل عبد عن مولاه بامره فعتق فاداه او عكس) اى كفل مولى عبد عنه واداه بعد عتقه (لم يرجع واحد) منهما (على الآخر) معنى الاول ان لا يكون على العبد دين لان امره بتكفله يصح اذا لم يكن عليه دين مستغرق وان كان فلا يصح لتضمنه ابطال حق الغرماء واما كفالة المولى عن عبده فتصح مطلقا وانما لم يرجعا لان الكفالة وقعت غير موجبة للرجوع لان احدهما لا يستحق على الآخر دينا فلا تنقلب موجبة بعده كما اذا كفل رجل عن رجل بغير امره فاجاز فانها لا تنقلب موجبة للرجوع كما مر فكذا هذا ثم فائدة كفالة المولى عن عبده وجوب مطالبته بايفاء الدين عن سائر امواله وفائدة العكس تعلقه برقبة العبد

﴿كتاب الحوالة﴾

(قوله فان اخذ المعتق رجع على صاحبه بما ادى لانه اداه عنه بأمره) كذا في الهداية والكنز وشرحه وفيه تأمل من حيث انه لم يذكر في اصل المسئلة انه كفل بأمره.

﴿كتاب الحوالة﴾

(قوله هي نقل الدين من ذمة الى ذمة) يرد عليه ما سيذكره من انها تصح بالدراهم الوديعة اذ ليس فيها نقل الدين وكذا
الدين على القول بأن الواجب فيه رد العين والقيمة مخلص ودفع الايراد بأن الحوالة بالوديعة وكالة حقيقة (قوله والدائن محال
ومحتال له ومحال له) قال في المعراج قولهم للمحتال المحتال له لغو لانه لا حاجة الى هذه الصلة اه (قوله يعني
يطلق عليه هذه الالفاظ الاربعة) بأن
ذلك الثلاثة التي من مادة الاشتقاق والا
صل اعني الدائن وزاد خامسا قاله سعدي
چلبي وهو حويل (قوله وشرط رضا
الكل بلا خلاف الا في الاول) هذا اذا لم
يكن للمحيل على المحتال عليه دين والا
فان اراد خلافا مذهبيا او اعم يرد عليه ما
اختاره الجرجاني من اصحابنا رحمهم الله
تعالى كما قاله الاتقاني عن مختصر الاسرار
ان رضا المحتال عليه لا يشترط ان كان
للمحيل عليه دين وبه قالت الائمة الثلاثة
مالك والشافعي واحمد كما في النهاية وقال
الزيلعي ومن شرائطها القبول وفيه
خلاف ابي يوسف كما في الكفالة (قوله
حيث قال في الزيادات الحوالة تصح بلا
رضى المحيل) هو المختار كما في المواهب
(قوله واذا تمت الحوالة) اي بركنها و
شرطها برئ المحيل من الدين وهو
الصحيح وقالت طائفة اخرى لا يبرأ الا من
المطالبة فقط وقال زفر لا يبرأ من المطالبة
ايضا كما في الفتح وثمرة الخلاف في التبيين
(قوله الا بالتوى) التوى التلف يقال منه
توى بوزن علم وهو تو وتاو كذا في الفتح و
قال الاتقاني يتوى توا اذا تلف مقصور غير
مهموز (قوله وبين التوى بقوله بموت
المحتال عليه مفلسا) اي بأن لم يترك مالا
عينا ولا دينا ولا كفيلا وهذا اذا ثبت
موته مفلسا بتصادقهما فان اختلفا
فيه فالقول للمحتال مع يمينه على العلم
كما في التبيين والعناية عن المبسوط
والشافي وقال الكمال وفي شرح الناصحي القول للمحيل مع اليمين لانكاره عود الدين اه وفي الخلاصة (الحوالة)
ولو لم يكن له كفيل ولكن رجل تبرع به ورهن رهنا ثم مات المحتال عليه مفلسا عاد الدين الى ذمة المحيل ولو كان المرتهن مسلطا
على البيع فباعه ولم يقبض الثمن حتى مات المحتال عليه بطلت الحوالة والثمن لصاحب الرهن اه ومثل حكم التبرع بالرهن
ما لو استعار المطلوب شيأ ورهنه عند الطالب ثم مات مفلسا كما في الخانية

(هي لغة اسم بمعنى الاحالة وهي النقل مطلقا وشرعا (نقل الدين من ذمة الى ذمة) اي
من ذمة المحيل الى ذمة المحتال عليه وانما خصت بالدين لانها نقل شرعي والدين وصف
شرعي يظهر اثره في المطالبة فالنقل الشرعي جاز ان يؤثر في الوصف الشرعي كما ان البيع
الشرعي جاز ان يؤثر في نقل الملك الذي هو وصف شرعي ويتبعه نقل العين الذي هو
المبيع (المديون محيل والدائن محتال ومحتال له ومحال ومحال له) يعني يطلق عليه هذه
الالفاظ الاربعة في الاصطلاح (ومن يقبلها) اي الحوالة (محتال عليه ومحال عليه) يعني
يطلق عليه ايضا هذان اللفظان (والمال محال به وشرط) لصحة الحوالة (رضا الكل)
اما رضا الاول فلان ذوي المروآت قد يأنفوا بتحمل غيرهم ما عليهم من الدين فلا بد من
رضاه واما رضا الثاني وهو المحتال فلان فيها انتقال حقه الى ذمة اخرى
والذمم متفاوتة فلا بد من رضاه واما رضا الثالث وهو المحتال عليه فلانها الزام الدين
ولا لزوم بلا التزام (بلا خلاف الا في الاول) حيث قال في الزيادات الحوالة تصح
بلا رضا المحيل لان التزام الدين من المحال عليه تصرف في حق نفسه والمحيل
لا يتضرر بل فيه نفعه لان المحال عليه لا يرجع اذا لم يكن بامره (و) شرط (حضور الثاني
يعني لا تصح الحوالة في غيبة المحتال له (الا ان يقبل) اي الحوالة (فضولي له) اي لاجل
الغائب كذا في الخانية (لا حضور الباقين) اما عدم اشتراط حضور الاول وهو المحيل
فبان يقول رجل للدائن لك على فلان ابن فلان الف درهم فاحتل بها علي فرضي الدائن
فان الحوالة تصح حتى لا يكون له ان يرجع واما عدم اشتراط حضور الثالث وهو المحتال
عليه فبان يحيل الدائن على رجل غائب ثم علم الغائب فقبل صحت الحوالة كذا في
الخانية (واذا تمت) الحوالة (برئ المحيل) من الدين بقبول المحتال والمحتال عليه
لان معنى الحوالة النقل كما مر وهو يقتضي فراغ ذمة الاصيل لان من المحال بقاء
الشيء الواحد في محلين في زمان واحد (ولا يرجع عليه المحتال الا بالتوى) لانها
مقيدة بسلامة حقه له لانه المقصود فيرجع عند عدم السلامة وبين التوى بقوله
(بموت المحيل عليه مفلسا او حلفه) حال كونه (منكر الحوالة ولا بينة عليها) لان
العجز عن الوصول الى حقه يتحقق بكل منهما وهو التوى حقيقة وعندهما هذان
وثالث وهو ان يحكم القاضي بافلاسه في حياته (تصح) اي الحوالة (بالدراهم
المودعة) يعني اذا اودع رجلا الف درهم واحال به عليه آخر صح لانه اقدر على التسليم
فكانت اولى بالجواز (و) تصح ايضا بالدراهم (المغصوبة اي الدراهم التي غصبها
المحتال من المحيل (وبالدين) الكائن للمحيل على المحتال عليه (وتبطل) اي

الحوالة (بهلاك الاولى) اى الوديعة لتقييد الكفالة بها لانه ماالتزم الاداء الامنهـا (اواستحقاقها) لانه كهلاكها (ويبرأ المودع) ويعود الدين على المحيل (و) تبطل ايضا (باستحقاق الثانية) اى الدراهم المغصوبة لعدم مايخلفها (ويبرأ الغاصب) ويعود الدين (لابهلاكها) اى لاتبطل الحوالة بهلاك الثانية (اذاكان فيه) اى فى هلاكه (وفاء) اى مابقى بمال الحوالة ويكون الضمان قائمامقام المغصوبة (وفيها) اى فى هذه الصور المعدودة (لايطالب المحيل المحتال عليه) بالعين او الدين اللذين قيدت الحوالة بهما لتعلق حق المحتال له بهما (ولايقدر المحتال عليه ان يدفعها الى المحيل) يعنى كمالايملك المحيل مطالبة المحتال عليه لايملك المحتال عليه ان يدفعها الى المحيل حتى لودفع صار ضامنا للمحتال له لانه استهلك ماتعلق به حق المحتال له (مع ان المحتال اسوة لغرماء المحيل بعد موته) يعنى ان هذه الاموال اذاتعلق بها حق المحتال كان ينبغى ان لايكون المحتال اسوة لغرماء المحيل بعد موته كمافى الرهن مع انه اسوتهم لان العين الذى بيد المحال عليه للمحيل والدين الذى له عليه لم يصر مملوكا للمحتال بعقد الحوالة لايداوهو ظاهر ولا رقبة لان الحوالة ماوضعت للتمليك بل للنقل فيكون بين الغرماء واما المرتهن فملك المرهون يدا وحبسا فيثبت له نوع اختصاص بالمرهون شرعا لم يثبت لغيره فلايكون لغيره ان يشاركه فيه (بخلاف) الحوالة (المطلقة) اعلم ان الحوالة امامطلقة اومقيدة اماالمطلقة فهى ان يرسلها ارسالا لايقيدها بدين له على المحال عليه ولابعين له فى يده او يحيله على رجل ليس له عليه دين ولا فى يده عين له واما المقيدة فهى ان يكون للمحيل مال عند المحتال عليه من وديعة او غصب او عليه دين فقال احلت الطالب عليك بالالف الذى له على على ان تؤديها من المال الذى لى عليك وقبل المحتال عليه فلمابين حكم المقيدة اراد ان يبين حكم المطلقة بانه مخالف له حيث يطالب فيها المحيل المحتال عليه بالعين او الدين (ويقدر المحتال عليه ان يدفعها الى المحيل) اذلاتعلق لحق المحال بماعنده او عليه بل حقه فى ذمة المحتال عليه وفى ذمته سعة (لاتبطل بأخذ ماعنده) من العين كالمغصوب والوديعة (او عليه) من الدين سواء كانت الحوالة مطلقة او مقيدة اماالاول فلان الاطلاق ينافى تعلق الحق بخصوصيات ماعنده او عليه والمبطل تعلقه واماالثانى فلان المحيل ليس له حق الاخذ من المحتال فان دفع اليه المحتال عليه فقد دفع ماتعلق به حق المحتال فيضمن المحتال عليه) لايقبل قول المحيل احلت بدين لى عليك للمحتال عليه اذا طلب مثل مااحال) يعنى رجل احال رجلا على آخر بألف فدفعه المحتال عليه الى المحتال ثم طلب الدافع الالف من المحيل فقال المحيل احلت بألف كان لى عليك والمحتال عليه انكره فالقول له لاللمحيل ولايكون الاقرار من المحتال عليه بالحوالة اقرارا منه بالدين عليه ولاقبوله الحوالة دليلا على ان عليه دينا لان الحوالة تصح وان لم يكن للمحيل على المحتال عليه دين (و) لا (قول المحتال للمحيل) اذا طلبه (احلتنى بدين لى عليك) يعنى اذا قال المحيل للمحتال اعطنى ماقبضته من فلان فانى احلتك لتقبضه لى وكنت وكيلى فى قبضه فقال المحتال احلتنى بدين لى

(قوله لتقيد الكفالة بها) صوا[بها] الحوالة (قوله لابهلاكها اى لاتبط[ل] الحوالة بهلاك الثانية اذاكان فيه ا[ى] فى هلاكه وفاء) فى التقييد نظر لا[ن] المغصوب مضمون بمثله اذاهلك مثـ[ليا] والدراهم مثلية فعليه مثلها والصور[ة] مفروضة فيما اذا احال بماغصبه مـ[ن] الدراهم فاذاهلكت المثل موجود و[فيه] وفاء بمال الحوالة (قوله وفيها لايطالب المحيل المحتال عليه) اى مادامت الحوالة ولو ابرأ المحتال المحال عليه عن الدين اخذ المحيل ما كان عنده من الدين والعين كالمرتهن اذا ابرأ الراهن يرجع برهنه ولووهبه له ليس له ان يرجع بدينه لان المحال عليه ملكه بالهبة وكذ[ا] اذا ورثه كما فى التبيين والخلاصة والفتح (قوله والدين الذى له) الضمير فيه للمحيل (قوله على المحيل) صوابه المحتال عليه (قوله بخلاف الحوالة المطلقة) متعلق بقوله مع ان المحتال اسوة لغرماء المحيل بعد موته فالمعنى انه لامشاركة لغرماء المحيل المحتال فى الذى احيل به مطلقا من غير كونه مقيدا بدين له على المحال عليه (قوله او يحيله على رجل ليس له عليه دين) صوابه بان يحيله لانه بيان لصورة المراسلة لاقسم آخر منها لانه ليس مباينا لماسبق من قوله ان يرسلها ارسالا لايقيدهـا بدين له على المحتال عليه ولابعين له فى يده (قوله لاتبطل بأخذ ماعنده الخ) حكم مبتدأ ليس متعلقا بقوله بخلاف المطلقة

(قوله يجبر المحتال اذا ادى المحيل فلم يقبل) فرضها فاضيخان فيما اذا كانت الحوالة مطلقة فقال واوكانت الحوالة مطلقة ثم ان المحيل قضى دين المحتال له يجبر المحتال له على القبول ولا يكون المحيل متبرعا اه (قوله وصورته الخ) كذا في النهاية ثم

عليك فالقول للمحيل لان المحتال يدعى عليه الدين وهو منكر فالقول للمنكر ولا يكون الاقرار من المحيل بالحوالة واقدامه عليها اقرارا منه بان عليه دينا للمحتال لان لفظ الحوالة قد يستعمل في الوكالة (يجبر المحتال اذا ادى المحيل فلم يقبل) لاحتمال عود المطالبة الى المحيل بالتوى (احال غريمه على رجل على ان يعطيه من ثمن داره) اى دار المحتال عليه (ان قبل صحت) الحوالة لانه احال بما يقدر على ايفائه لانه يملك بيعها (ولا يجبر على البيع) لعدم وجوب الاداء قبل البيع (ولو باع يجبر على الاداء) لتحقق الوجوب (واو احال على ان يعطى من ثمن دار المحيل لا) اى لا تصح لانه لا يقدر على بيعها (الا اذا امره بالبيع) فحينئذ تصح لوجود القدرة على البيع والاداء (باع بشرط ان يحيل على المشترى بالثمن غريماله) اى للبائع (بطل) البيع لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه نفع للبائع (واو باع بشرط ان يحتال بالثمن صح) لانه يؤكد موجب العقد اذ الحوالة في العادة تكون على الاملاء والاحسن قضاء فصار كشرط الجودة (كره السفتجة) هي بضم السين وفتح التاء واحدة السفاتج تعريب سفته وهي شئ محكم وبسمى هذا القرض به لاحكام امره وصورته ان يدفع الى تاجر مبلغا قرضا ليدفعه الى صديقه في بلد آخر ليستفيد به سقوط خطر الطريق

كتاب المضاربة

وجه المناسبة بين الكتابين وجود معنى نقل المال في الحوالة والمضاربة في الجملة (هي) لغة مفاعلة من الضرب في الارض وهو السير فيها سمى هذا العقد بها لان المضارب يسير في الارض غالبا لطلب الربح وشرعا (عقد شركة في الربح بمال من رجل وعمل من آخر وركنها الايجاب) بان يقول رب المال دفعت هذا المال اليك مضاربة او معاملة او خذ هذا المال اليك واعمل به على ان ما رزق الله تعالى بيننا انصافا او نحو ذلك من الفاظ تثبت بها المضاربة (والقبول) بان يقول المضارب قبلت ونحوه (وحكمها انواع) الاول انها (ايداع اولا) لانه قبض المال باذن مالكه لا على وجه المبادلة والوثيقة بخلاف المقبوض على سوم الشراء لانه قبضه بدلا وبخلاف الرهن لانه قبضه وثيقة (وتوكيل عند عمله) لانه يتصرف فيه له بامره حتى يرجع بما لحقه من العهدة على رب المال (وشركة ان ربح) لانه يحصل بالمال والعمل فيشتركان فيه (وغصب ان خالف) لتعديه على مال غيره فيكون ضامنا (ولو) اجاز (بعده) اى المضارب اذا اشترى ما نهى عنه ثم اجاز رب المال لم يجز وكذلك المستبضع (واجارة فاسدة ان فسدت) فان الواجب للمضارب فيها اجر المثل كالاجارة الفاسدة وهو بدل عمله لانه لا يستحق المسمى لعدم الصحة ولم يرض بالعمل مجانا فيجب اجر المثل (فلا ربح حينئذ) لانه يكون في المضاربة الصحيحة ولما فسدت صارت اجارة (بل اجر عمله)

قال وقيل هو ان يقرض انسانا مالا ليقضيه المستقرض في بلد يريده المقرض وانما يدفعه على سبيل القرض لا على سبيل الامانة ليستفيد به سقوط خطر الطريق وهو نوع نفع استفيد بالقرض وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن قرض جر نفعا وقيل هذا اذا كانت المنفعة مشروطة واما اذا لم تكن فلا بأس بذلك اه وقال الكمال وفي الفتاوى الصغرى وغيرها ان كان السفتج مشروطا في القرض فهو حرام والقرض بهذا الشرط فاسد وان لم يكن مشروطا جاز وصورة الشرط ما في الواقعات رجل اقرض رجلا على ان يكتب له بها الى بلد كذا فانه لا يجوز وان اقرضه بغير شرط وكتب جاز ثم قالوا انما يحل عند عدم الشرط اذا لم يكن فيه عرف ظاهر فان كان يعرف ان ذلك يفعل كذلك فلا اه

كتاب المضاربة

(قوله بخلاف المقبوض على سوم الشراء) يعني وقد سمى ثمن (قوله بل اجر عمله مطلقا اى سواء ربح اولا) اقول هذا اى وجوب الاجر مطلقا رواية الاصل كما في التبيين وجعله في شرح المجمع قول محمد حيث قال فيحكم به اى ابو يوسف باجر المثل ان ربح والا فلا لانه اذا لم يربح في المضاربة الصحيحة لم يستحق شيأ فكذا في الفاسدة ومنع ابو يوسف ايضا مجاوزة المشروط اى ما شرط للمضارب وخالفه فيهما اى قال محمد يجب الاجر وان لم يربح بالغا ما بلغ اه لكن ما جزم به في المجمع بقوله فيحكم به ابو يوسف قال فيه الزيلعي وعن ابي يوسف الخ اه وقال في الخلاصة مثل ما في المجمع وللعامل اجر مثل عمله (كما) ربح او لم يربح الطلق اجر المثل في الاصل لكن هذا قول محمد رحمه الله انه يجب بالغا ما بلغ وعند ابي يوسف لا يجاوز المسمى

كما هو حكم الاجارة الفاسدة (مطلقا) اى سواء ربح اولا (بلا زيادة على المشروط) كما هو
حكم الاجارة الفاسدة وقدمر (ولا ضمان فيها) اى فى المضاربة الفاسدة (كالصحيحة)
لانه امين فلا يكون ضمينا (واما دفع المال الى آخر وشرط الربح للمالك فبضاعة و) شرطه
للعامل فقرض) وانما غير اسلوب الوقاية حيث لم يعد البضاعة والقرض فى سلك
الايداع وغيره لما يرد عليه من قبول صدر الشريعة ان المضاربة اذا كانت عقد شركة
فى الربح فكيف تكون بضاعة او قرضا (وشرطها ستة) الاول (كون رأس المال
من الاثمان فلا تصح الا بمال تصح به الشركة) لانها تصير شركة بحصول الربح فلا بد
من مال تصح به الشركة وهو الدراهم والدنانير والتبر والفلوس النافقة كما سيأتى
(ولو دفع اليه عرضا وامر ببيعه وعمل مضاربة فى ثمنه فقبل صح) لانه لم يضف المضاربة
الى العرض بل الى ثمنه وهو مما تصح به المضاربة والاضافة الى المستقبل تجوز لانها وكالة
او وديعة او اجارة فلا يمنع شئ منها الاضافة اليه (و) الثانى (كونه عينا لا دينا) لان
المضارب امين ابتداء ولا يتصور كونه امينا فيما عليه من الدين (فلو قال اعمل بالدين الذى
فى ذمتك مضاربة بالنصف لم يجز بخلاف ما لو كان له دين على ثالث فقال اقبض مالى
على فلان واعمل به مضاربة) حيث يجوز لانه اضاف المضاربة الى زمان القبض والدين
فيه يصير عينا وهو يصلح ان يكون رأس المال (و) الثالث (تسليمه الى المضارب) حتى
لا يبقى لرب المال فيه يد لان المال يكون امانة عنده فلا يتم الا بالتسليم اليه كالوديعة بخلاف
الشركة لان المال فى المضاربة من احد الجانبين والعمل من الجانب الآخر فلا بد ان
يخلص المال للعامل ليتمكن من التصرف فيه واما العمل فى الشركة فمن الجانبين فلو شرط
خلوص اليد لاحدهما لم تنعقد الشركة لانتفاء شرطها وهو العمل منهما (فشرط العمل
على رب المال يفسدها) اى ان شرط ان يعمل المالك مع المضارب فسدت المضاربة لان هذا
شرط يمنع من تسليم المال الى المضارب والتخلية بين المال والمضارب شرط صحة العقد
فاباؤه كان مفسدا ضرورة (و) الرابع (كون رأس المال معلوما) لئلا يفضى الى المنازعة (تسمية)
بان يعقدا على قدر معين من مال تصح به الشركة (او اشارة) كما اذا دفع مضاربة الى رجل
دراهم لا يعرف قدرها فانه يجوز ويكون القول فى قدرها وصفتها للمضارب مع يمينه والبينة
للمالك (و) الخامس (كون نصيب المضارب من الربح معلوما عنده) اى عند العقد لان
الربح هو المعقود عليه وجهالته توجب فساد العقد (و) السادس (شيوع الربح بينهما
بحيث لا يستحق احدهما دراهم مسماة) لقطعه الشركة فى الربح لاحتمال ان لا يحصل
من الربح الا قدر ما شرط له واذا انتفى الشركة فى الربح لا تتحقق المضاربة لانها جوزت
بخلاف القياس بالنص بطريق الشركة فى الربح فيقتصر على مورد النص (فتفسد بشرط
زيادة قدر معين لاحدهما) فله اجر مثله لانه لم يرض بالعمل مجانا ولا سبيل الى المسمى
المشروط لفساد فيصار الى اجر المثل ضرورة والربح لرب المال لانه نماء ملكه (كذا)
اى يفسد المضاربة (كل شرط يوجب جهالة الربح) كما لو قال لك نصف الربح او ثلثه

(قوله بلا زيادة على المشروط) هذ
قول ابى يوسف كما ذكرناه فمشى
وجوب الاجر مطلقا على قول مح
ولم يأخذ بقول فى مجاوزة المسمى با
اخذ فيه بقول ابى يوسف حيث مشى
على عدم مجاوزته المشروط ولم يمش
على قول ابى يوسف بعدم لزوم الاج
اذا لم يربح اه (قوله ولو دفع الي
عرضا وامر ببيعه وعمل مضار
فى ثمنه فقبل صح) كذا قاله الزيل
ثم قال ولو دفع اليه العرض على ا
قيمته الف درهم مثلا ويكون ذل
رأس المال فهو باطل اه (قوله والرا
كون رأس المال معلوما) لا ير
عليه ما تقدم من انه لو دفع الي
عرضا وامر ببيعه لان الثمن المجهو
رأس المال معلوم عند القبض و
اضيف اليه فلا تضر جهالته ع
العقد (قوله كذا اى يفسد المضار
كل شرط يوجب جهالة الربح كما لو قا
لك نصف الربح او ثلثه او ربعه الخ
لا يشكل بما ان من شرط صحتها كو
الربح مشاعا ولا شك ان قوله نصف
الربح او ثلثه مشاع لان المراد من قو
لك نصف الربح او ثلثه او ربع
الترديد فى الربح وهو يوجب الجها
والمسئلة فى شرح الكنز لملا مسكي

اوربعه لما مر ان الربح هو المعقود عليه بجهالته تفسد العقد (وغيره لا) اى غير ذلك
من الشروط الفاسدة لا يفسد المضاربة (بل يبطل الشرط كاشتراط الخسران على
المضارب) لانها جزء هالك من المال فلا يجوز ان يلزم غير رب المال لكنه شرط زائد
لا يوجب قطع الشركة فى الربح والجهالة فيه فلا يفسد المضاربة لانها لا تفسد بالشروط
الفاسدة كالوكالة ولان صحتها تتوقف على القبض فلا تبطل بالشرط كالهبة (واذا صحت
فله) اى للمضارب (فى مطلقها) وهو ما لم يقيد بمكان اوزمان اونوع من التجارة نحو
ان يقول دفعت اليك هذا المال مضاربة ولم يزد عليه (البيع مطلقا) اى بنقد ونسيئة
(الا باجل لم يعهد) عند التجار كعشرين سنة (و) له ايضا (الشراء والتوكيل بهما) اى
بالبيع والشراء (والسفر والابضاع) وهو دفع المال بضاعة (ولو لرب المال) وسيأتى
انه لا يبطل المضاربة (والايداع والرهن والارتهان والاستئجار والاحتيال) اى قبول
الحوالة (بالثمن مطلقا) اى على الايسر والاعسر لان كل ذلك من صنيع التجار
(لا المضاربة) عطف على البيع فى قوله فله فى مطلقها البيع اى ليس له فيه ان يضارب
مع الاجنبى (الا باذنه اوباعمل برأيك) لان الشئ لا يستتبع مثله لاستوائهما فى القوة
كالوكيل لا يملك التوكيل بخلاف المستعير والمكاتب لانهما يملكان الاعارة والكتابة
لان الكلام فى التصرف نيابة وهما يتصرفان بحكم المالكية لا النيابة اذ المستعير ملك
المنفعة والمكاتب صار حرا يدا والمضارب يعمل بطريق النيابة فلا بد من التصريح به
او التفويض العام اليه ولا يداع والابضاع دون المضاربة فتضمنها (ولا يفيدان)
اى الاذن واعمل برأيك (فى الاقراض والاستدانة) نحو ان يشترى باكثر من مال
المضاربة (بل يجب التصريح بهما) لانهما ليسا من صنيع التجار ولا يحصل بهما
الغرض وهو الربح اما الدفع مضاربة فمن صنيعهم وكذا الشركة والخلط بمال نفسه
فيدخل تحت هذا القول وفرع على الاستدانة بقوله (فلو شرى بمالها) اى المضاربة
ثوبا وقصر بالماء اوحمل) متاع المضاربة من موضع الى آخر (بماله) لا بمالها (بعد ذلك
القول كان متطوعا) لانه استدان فى حق المالك بلا اذنه وانما قال بالماء لانه اذا قصر بالنشا
فحكمه حكم الصبغ (وان صبغه احمر شرك بما زاد ودخل فى اعمل برأيك) انما قال احمر
لانه ان صبغه اسود لم يدخل تحت اعمل برأيك عند ابى حنيفة لما مر ان السواد عيب عنده
بخلاف سائر الالوان (كالخلط) اى خلط مال المضاربة بمال نفسه (فلا يضمن) اى اذا
دخل فى اعمل برأيك لا يضمن المضارب (بهما) اى بصبغه احمر وبالخلط لانه فعل ما فعل
باذنه (وله حصة صبغه ان بيع وحصة الثوب فى مالها) يعنى يصير المضارب شريكا
فى الثوب بقدر ماله من الصبغ فاذا بيع الثوب كان حصة قيمة الصبغ الثوب
للمضارب وحصة الثوب الابيض من مال المضاربة (ولا يجاوز) عطف على قوله
لا المضاربة اى ليس له فى مطلقها تجاوز (بلدا وسلعة اووقتا اوشخص عينه المالك)
لانه لم يملك التصرف الا بتفويضه فيتقيد بما فوض اليه وهذا التقييد مفيد لان
التجارات تختلف باختلاف الامكنة والامتعة والاوقات والاشخاص وكذا ليس

له ان يدفعه بضاعة الى من يخرجه من تلك البلدة لانه لا يمكن ان يتصرف بنفسه في هذا المال في غير هذا البلد فلا يمكن ان يستعين بغيره ايضا (فان تجاوز) بان خرج الى غير ذلك البلد فاشترى او اشترى سلعة غير ما عينه او في وقت غير ما عينه او بايع مع غير من عينه (ضمن) وكان ذلك له (وله ربحه وعليه خسرانه) لانه تصرف في مال غيره بغير امره وان لم يتصرف فيه حتى رده الى البلد الذي عينه برئ من الضمان لانه امين خالف ثم عاد الى الوفاق ورجع المال مضاربة على حاله لان المال باق في يده بالعقد السابق (ولا) اى ليس له ايضا (تزويج قن من مالها) وعن ابي يوسف انه يزوج الامة لانه من الاكتساب اذ يستفيد به المهر وسقوط النفقة من مال المضاربة ولهما انه ليس من التجارة والعقد لا يتضمن الا التوكيل بالتجارة فلا يملكه وان كان اكتسابا كالكتابة والاعتاق على ضعف قيمته (ولا شراء من يعتق على رب المال) بقرابة او يمين بان قال ان ملكته فهو حر لان المضاربة اذن تصرف يحصل به الربح وهذا انما يكون بشراء ما يمكنه بيعه وهذا ليس كذلك (ولا من يعتق عليه) اى المضارب (ان كان في المال ربح) لان نصيبه يعتق عليه فيفسد نصيب رب المال (فان فعل) اى اشترى من يعتق على واحد منهما (صار) اى شراؤه (لنفسه) دون المضاربة لان الشراء متى وجد نفاذا على المشتري ينفذ عليه كالوكيل بالشراء اذا خالف (وان لم يكن ربح صح) اى شراء من يعتق عليه لانتفاء المفسد (فان ظهر) اى الربح (بزيادة قيمته بعد الشراء عتق حظه) اى المضارب من العبد لانه ملك قريبه (ولم يضمن) للمالك (شيأ) لانه انما عتق عند المالك لا بصنع منه بل بسبب زيادة قيمته بلا اختيار فصار كالو ورثه مع غيره بان اشترت امرأة ابن زوجها ثم ماتت وتركت هذا الزوج واخا عتق نصيب الزوج ولم يضمن شيأ للاخ لعدم الصنع منه (وسعى العبد في قيمة نصيب المالك) من العبد لاحتباس ماليته عنده (معه) اى مع المضارب (الف بالنصف فاشترى به امة قيمتها الف فوطئها (فولدت) ولدا (مساويا الفا فادعاه) حال كونه (موسرا فبلغت قيمته الفا وخمسمائة سعى للمالك بالف وربعه او اعتقه) اى ان شاء المالك استسعى الغلام في الف ومائتين وخمسين وان شاء اعتقه (فان قبض) اى المالك (الالف) من الغلام (ضمن المدعي نصف قيمتها) اى الامة وذلك لان دعوة المضارب وقعت صحيحة ظاهرا لانه يحمل على انه ولده من النكاح بان زوجها البائع له ثم باعها منه وهي حبلى منه حملا لامره على الصلاح لكن لا تفيد هذه الدعوة لعدم الملك وهو شرط فيها اذ كل واحد من الجارية وولدها مشغول برأس المال فلا يظهر الربح لما عرف ان مال المضاربة اذا صار اجناسا مختلفة كل واحد منها لا يزيد على رأس المال لا يظهر الربح عندنا لان بعضها ليس باولى به من البعض فحينئذ لم يكن للمضارب نصيب في الامة ولا في الولد وانما الثابت له مجرد حق التصرف فلا تنفذ دعوته فاذا زادت قيمته وصارت الفا وخمسمائة ظهر الربح فملك المضارب منه نصف الزيادة فنفذت دعوته لوجود شرطها وهو الملك بخلاف ما اذا اعتق الولد ثم ظهر الربح حيث لا ينفذ اعتاقه

﴿باب ضارب بلااذن﴾ (قوله فاذاربح فقداثبت شركة له فى المال فيصير كخلط مالها بغيره فيجب الضمان) ظاهره لزوم الضمان على المضارب الاول وقال فى العناية قوله ثم ذكر فى الكتاب يعنى القدورى يضمن الاول ولم يذكر الثانى قيل اختيارا منه لقول من قال من المشايخ ينبغى ان لايضمن الثانى عندابى حنيفة رحمه الله وعندهما يضمن بناءعلى اختلافهم فى مودع المودع ومنهم من يقول رب المال بالخيار بين تضمين الاول والثانى فى هذه المسئلة باجماع اصحابنا وهذا القول هوالمشهور من المذهب ثم ان ضمن الاول صحت المضاربة يعنى بين الاول والثانى والربح بينهما على ماشرطا لانه ملكه بالضمان من وقت المخالفة بالدفع وان ضمن الثانى رجع على الاول بماضمن وصحت المضاربة الثانية والربح بينهما على ماشرطا لان قرار الضمان على الاول ويطيب الربح للثانى ولايطيب للاول اه قلت ولايطيب الربح للاول ايضا لوضمن كما فى شرح المجمع اه (قوله وهذا) يعنى وجوب الضمان على الاول على ماقال اوعليهما بالربح اوبالعمل على ماذكرنا اذا كانت المضاربة الثانية صحيحة هدل به من قول الزيلعى وهذا اذا كانت المضاربتان صحيحتين ومن اطلاق قول الهداية وهذا اذا كانت المضاربة صحيحة اه لان صحة الثانية فرع من صحة الاولى فلاتصح الا اذا كانت الاولى صحيحة فاشتراط صحة الثانية اشتراط لصحة الاولى (قوله فان دفع الثانى الى الثالث مضاربة) المراد بالثانى المضارب الاول وبالثالث الثانى وسماهما ثانيا وثالثا بالنظر لرب المال (قوله ويطيب لهما ذلك) لان عمل الثانى وقع له ضمن التسمية المضاربين والتعيين فى له يصح ان يرجع المضارب الاول لتشبيهه بمسئلة الخياط ولكن بهذا التعليل لايعلم صريحا مابه يطيب نصيب الثانى فكان الاولى ان يقول كالزيلعى (ما) لان عمل الثانى وقع عنهما ولم يذكر وجه طيب ما للمالك لانه نماء ملكه وهو ظاهر (قوله ولو قيل مارزقك الله فهو بيننا نصفان فلكل ثلثه) انما قال فلكل ثلثه لاجل الاختصار والانسب ان يقال فللثانى ثلثه ومابقى فلمن بقى منصفا محافظة على لفظ التنصيف المشترط بينهما

السابق لانه انشاء فاذا بطل لعدم الملك لاينفذ بعده بحدوثه واما الدعوة فاخبار فاذا رد فى حق غيره فهو باق فى حق نفسه فاذا ملكه بعدذلك نفذت دعوته كما اذا اخبر بحرية عبد لغيره ورد اخباره فاذا ملكه بعدذلك صار حرا

﴿ باب ضارب بلااذن ﴾

اى دفع المضارب المال الى غيره مضاربة بلااذن المالك (لم يضمن) بالدفع (مالم يعمل الثانى) واذا عمل ضمن الدافع ربح الثانى اولا وهو قولهما وظاهر الرواية عنه (وفى رواية) لم يضمن (مالم يربح) وهو رواية الحسن عنه لانه يملك الابضاع فلايضمن بالعمل مالم يربح فاذاربح فقداثبت له شركة فى المال فيصير كخلط مالها بغيره فيجب الضمان وجه ظاهر الرواية ان الربح انما يحصل بالعمل فيقام سبب حصول الربح مقام حقيقة حصوله فى صيرورة المال مضمونا به وهذا اذا كانت المضاربة الثانية صحيحة فان كانت فاسدة لايضمن الاول وان عمل الثانى لانه اجير فيه والاجير لايستحق شيأ من الربح فلاتثبت الشركة له بل له اجر مثله على المضارب الاول وللاول ماشرط له من الربح (وان اذن) اى المالك (فدفع بالثلث وتصرف الثانى وربح وقيل له مارزق الله فبيننا نصفان) يعنى بعد مادفع اليه رب المال المال مضاربة بالنصف واذن له بان يدفعه الى غيره فدفعه بالثلث وتصرف الثانى وربح فان كان رب المال قال له على ان مارزق الله تعالى فبيننا نصفان (فللمالك النصف وللاول السدس وللثانى الثلث) لان دفع الاول الى الثانى مضاربة صحيح حيث كان باذن المالك الا ان المالك شرط لنفسه نصف جميع مارزالله ومارزق الله جميع الربح فكان له نصف جميع الربح فلايكون للمضارب الاول ان يوجب شيأ من ذلك لغيره بل مااوجبه للثانى وهو ثلث الربح ينصرف الى نصيبه خاصة فيبقى له السدس ويطيب لهما ذلك لان عمل الثانى وقع له كمن استأجر رجلا على خياطة ثوب بدرهم فاستأجر الخياط من يخيطه بنصف درهم طاب للاول الفضل كذا هذا (ولو قيل مارزقك الله) فهو بيننا نصفان (فلكل ثلثه) اى للمضارب الثانى الثلث والثلثان بين المضارب الاول وبين المالك نصفان لان المالك ماشرط لنفسه نصف جميع الربح بل نصف مايحصل للاول من الربح فاستحق الثانى جميع ماشرط له وماوراء ذلك جميع ماحصل للمضارب الاول والمالك شرط لنفسه نصف ذلك ولذا كان الباقى بينهما (ولو قيل ماربحت) من شئ فبينى وبينك نصفان وقد دفع لى غيره بالنصف (فللثانى نصف ولهما) اى للاول والمالك (نصف) لان الاول شرط للثانى نصف الربح وهو مأذون فيه من جهة المالك فاستحقه والمالك شرط لنفسه نصف ماربح الاول ولم يربح الاول الا النصف فكان بينهما (ولو قيل

مارزق الله فلي نصفه اوقال مافضل فبيني وبينك نصفان) وقد دفع الى آخر مضاربة بالنصف (فنصف للمالك ونصف للثاني ولا شئ للاول) لان المالك شرط لنفسه نصف جميع الربح فانصرف شرط الاول النصف للثاني الى نصيبه فيكون للثاني بالشرط ولا شئ للاول لانه جعل ما كان له للاول كمن استأجر اجيرا ليخيط له ثوبا بدرهم فاستأجر الاجير من يخيطه له بدرهم فانه لا يسلم للاول شئ حيث عقد على جميع حقه (ولو شرط للثاني ثلثيه) اى للمضارب الثاني ثلثي الربح (فللمالك و) المضارب (الثاني النصفان ويضمن) المضارب (الاول للثاني السدس) من الربح لانه شرط للثاني شيأ هو مستحق للمالك وهو السدس فلم ينفذ في حق المالك ووجب عليه الضمان بالتسمية لانه التزم السلامة فاذا لم يسلم رجع عليه كمن استأجر رجلا ليخيط له ثوبا بدرهم فاستأجر الاجير رجلا آخر ليخيطه بدرهم ونصف فانه يضمن له زيادة الاجر (صح شرطه للمالك ثلثا ولعبده) اى عبد المالك (ثلثا ليعمل معه) اى مع المضارب (ولنفسه ثلثا) لان اشتراط العمل على العبد لا يمنع التخلية والتسليم لان للعبد يدا معتبرة خصوصا اذا كان مأذونا له واشتراط العمل اذن له ولهذا لا يلي المولى اخذ ما اودعه العبد وان كان محجورا عليه واذا لم يمنع التخلية لم يمنع الصحة ولا كذلك اشتراط العمل على المالك لانه يمنع التخلية فيمنع الصحة واذا صحت كان ثلث الربح للمضارب لانه المشروط له هذا القدر والثلثان للمالك ان لم يكن على العبد دين لان ماشرط للعبد فلسيده وان كان عليه دين فللغرماء (تبطل) اى المضاربة (بموت احدهما) اى المالك والمضارب لانها توكيل وموت الوكيل او الموكل يبطل الوكالة (ولحوق المالك بدار الحرب (مرتدا) وحكم القاضي به لانه كالموت (لا) لحوق (المضارب) بها لان تصرفاته انما توقفت بالنظر الى ملكه ولا ملك له في مال المضاربة وله عبارة صحيحة فلا توقف في ملك المالك فبقيت المضاربة على حالها (ولا تبطل بالدفع الى المالك بضاعة او مضاربة) فان قيل ينبغي ان يكون الابضاع للمالك مفسدا للعقد لان الربح حينئذ يكون للمالك وقد اعتبر في مفهومه الشركة في الربح وشرط كونه مشاعا بينهما قلنا العقد اذا صح ابتداء باعتبار شيوع الربح بينهما لا يبطل بتخصيص احدهما بالربح وعند زفر يبطل (وينعزل) اى المضارب (بعزله) اى بعزل المالك اياه (ان علم عزله) لانه وكيل من جهته فيشترط علمه بعزله كما مر في الوكالة (واذا علم والمال عروض يبيعها) ولا ينعزل عنه لان له حقا في الربح ولا يظهر ذلك الا بالنقد فيثبت له حق البيع ليظهر ذلك (ولا يتصرف في ثمنها) لان البيع بعد العزل كان للضرورة ليظهر الربح ولا حاجة اليه

(قوله ولا شئ للاول) لانه جعل ما كان له للاول لعل صوابه للثاني (قوله صح شرطه للمالك ثلثا ولعبده اى عبد المالك ثلثا ليعمل) وعمل العبد ليس شرطا للصحة اذ لو شرط له الثلث من غير اشتراط عمله صح ويكون لمولاه لكن فائدة اشتراط عمله تظهر في اخذ غرماء ماشرط له حينئذ والافليس لهم ذلك كما سنذكره (قوله فان كان عليه دين فللغرماء) هذا اذا شرط عمل العبد مع المضارب كما ذكروا فان لم يشترط عمله فهو للمولى ولو شرط الثلث لعبد المضارب صح سواء اشترط عمله اولم يشترط ان لم يكن عليه دين وان كان عليه دين فان شرط عمله جاز وكان المشروط لغرمائه وان لم يشترط عمله لا يجوز ويكون ماشرط له لرب المال عند ابي حنيفة خلافا لهما بناء على ملك كسب المديون كما في التبيين (قوله تبطل بموت احدهما) قال قاضيخان سواء علم المضارب بموت رب المال اولم يعلم اه وفي البزازية وان مات رب المال والمال نقد بطلت المضاربة في حق التصرف وان عرضا في حق المسافرة تبطل لا في حق التصرف فيملك بيعه بالعرض والنقد ولو اتى مصرا واشترى شيأ فمات رب المال وهو لا يعلم فاتى بالمتاع مصرا آخر فنفقة المضارب في مال نفسه وهو ضامن لما هلك به في الطريق فان سلم المتاع جاز بيعه لبقائها في حق البيع ولو خرج من ذلك المصر قبل موت رب المال ثم مات لم يضمن ونفقته في سفره اه وقول البزازي فاتى بالمتاع مصرا يعني غير مصر رب المال لما قال قبله ولو اخرجه يعني بعد موت رب المال الى مصر رب المال لا يضمن لانه يجب عليه تسليمه فيا اه ولما قال قاضيخان ولو خرج المضارب بعد ما مات رب المال الى مصر رب المال لا يضمن استحسانا اه (قوله ولحوق المالك بدار الحرب مرتدا وحكم القاضي به) قال في العناية يعني اذا لم يعد مسلما اما اذا عاد مسلما قبل القضاء او بعده كانت المضاربة كما كانت اما قبل القضاء فلانه بمنزلة الغيبة وهي لا توجب بطلان المضاربة واما بعده فلحق المضارب كما لو مات حقيقة اه والضمير في مات للمالك كما هو ظاهر (قوله فان قيل ينبغي ان يكون الابضاع للمالك مفسدا للعقد لان الربح حينئذ يكون للمالك) ليس المراد ما يوهمه ظاهر العبارة من اختصاص المالك بالربح بل يقسم بينهما على ماشرطاه (قوله واذا علم والمال عروض يبيعها) اطلق البيع فشمل بيعه بالنقد والنسيئة حتى لو نهاه عن البيع نسيئة لم يعمل نهيه كما في العناية

بعد النقد (ولا فى نقد من جنس رأس المال) لانه معزول فى حقه (ويبدل به خلافه) اى اذا عزله والمال نقود لكن من خلاف جنس رأس المال فليس له ان يبيعه بجنس رأس المال قياسا لان النقدين جنس واحد من حيث الثمنية وفى الاستحسان له ذلك لان الواجب على المضارب ان يرد مثل رأس المال وانما يتحقق ذلك برد جنسه فكان له بيعه ضرورة (افترقا) اى المضارب والمالك (وفى المال دين وربح لزمه) اى المضارب (طلبه) لانه كالاجير والربح كالاجرة وقد سلم له ذلك فيجبر على اتمام عمله كما فى الاجارة المحضة (كالدلال) فانه يعمل بالاجرة (والسمسار) هو الذى تجلب اليه العروض والحيوانات لبيعها بأجر من غير ان يستأجر فهو ايضا يعمل بالاجرة ويجعل ذلك بمنزلة الاجارة الصحيحة بحكم العادة فيجبران على طلب الثمن (وبلا ربح لا) اى ان لم يكن فى المال ربح لم يلزم المضارب طلبه لانه وكيل محض ومتبرع ولا جبر على المتبرع (ويوكل) اى المضارب (المالك به) اى بالطلب لان حقوق العقد تتعلق بالعاقد والمالك ليس بعاقد فلا يتمكن من الطلب الا بتوكيله فيؤمر بالتوكيل لئلا يضيع حقه (كذا سائر الوكلاء) اى كل وكيل بالبيع اذا امتنع عن التقاضى لا يجبر عليه بل يجبر على ان يحيل صاحب المال ولا يضيع حقه (الهالك من الربح) يعنى ان ما هلك من مال المضاربة فهو من الربح دون رأس المال والهالك يصرف الى التبع لا الاصل كما يصرف الهالك فى مال الزكاة الى العفو لا النصاب (فان زاد لم يضمن) اى ان زاد الهالك على الربح لم يضمن المضارب لانه امين فلا يكون ضمينا (فسم الربح والعقد باق وهلك المال او بعضه ترادّ الربح ليأخذ رأس ماله) يعنى اقتسما الربح والمضاربة بحالها ثم هلك المال او بعضه ترادّ الربح ليأخذ المالك رأس ماله لان الاصل ان القسمة لا تصح حتى يستوفى المالك رأس ماله لان الربح زيادة على الاصل وهى لا تكون الا بعد سلامة الاصل فاذا هلك ما فى يد المضارب امانة ظهر ان ما اخذه من رأس المال فيضمن المضارب ما اخذه لانه اخذه لنفسه وما اخذه المالك محسوب من رأس المال واذا استوفى رأس المال فما فضل يقسم بينهما) لانه ربح (وما نقص لم يضمن) المضارب لانه امين (وان اقتسما الربح و (فسخاها) اى المضاربة (ثم عقدا) عقدا آخر (فهلك المال لم يترادا) الربح الاول لان المضاربة الاولى قد انتهت والثانية عقد جديد فهلاك المال فى العقد الثانى لا يوجب انتقاض الاول كما لو دفع اليه مالا آخر (نفقة مضارب فى الحضر) مبتدأ (من ماله) خبره (كدوائه) فانه اذا مرض كان دواءه من ماله سواء كان فى السفر او الحضر لانه لم يحتبس بمال المضاربة فلا يجب به النفقة فيه بل هو ساكن بالسكنى الاصلى ووجوب النفقة على الغير بسبب الاحتباس به فلم يوجد فكانت فى ماله (وفى السفر طعامه وشرابه وكسوته واجرة خادمه وغسل ثيابه والدهن اذا احتيج اليه وركوبه كراء او شراء وعلفه من مالها) اى من مال المضاربة فانه اذا سافر صار محبوسا بالعمل للمضاربة فوجبت النفقة فى مالها لاجل الاحتباس به (بالمعروف) اى غير زائد على الحاجة الاصلية ولا ناقص منها (وضمن الزائد) على المعروف (ورد الباقى) من الطعام

(قوله من غير ان يستأجر) قال الزيلعى وما يعطى له من غير شرط لا بأس به لانه عمل مستحسن بجزاء خيرا وبذلك جرت العادة قرر الحيلة فى جواز استئجاره للبيع والشراء استئجاره مدة معلومة فيستعمله فى البيع والشراء الى آخرها (قوله كذا سائر الوكلاء) شامل للمستبضع (قوله وفى السفر الخ) هذا اذا سافر بمال المضاربة فقط ولو سافر بماله ومال المضاربة او خلطه باذن رب المال او سافر بمالين لرجلين انفق بالحصة كما فى شرح المجمع (قوله واجرة خادمه) كذا كل من يعين المضارب على العمل ويخدم دوابه فنفقته فى مالها الا عبد رب المال ودوابه فان نفقتهم فى مال رب المال كما فى البزازية (قوله وغسل ثيابه) كذا اجرة الحمام والحلاق وقص الشارب كل ذلك فى مال المضاربة كما فى البزازية (قوله والدهن اذا احتيج اليه) يعنى كما اذا كان ببلاد الحجاز كما فى التبيين وكذا آلة الخضاب واكل الفاكهة كعادة التجار كما فى البزازية

(وغيره)

وغيره (بعد الاقامة الى مالها) اى مال المضاربة لتمام الحاجة (ومادون سفر يغدو اليه ولا يبيت بأهله كالسفر والاقل لان ربح) المضارب (اخذ المالك) من الربح (قدر المنفق) اى قدر ما انفق المضارب (من رأس المال) حتى يتم رأس ماله فان فضل شئ قسم بينهما (وان ربح) اى باع المضارب متاع المضاربة مرابحة (حسب نفقته) اى ما انفق على المتاع من اجرة الحمل واجرة القصار والجمال والسمسار لان هذه الاشياء تزيد فى القيمة وتعارف التجار الحاقها برأس المال فى بيع المرابحة (لا) اى لا يحسب (نفقة نفسه) فى سفره وتقلباته فى المال لانهم لم يتعارفوا ذلك ولا تزيد ايضا فى قيمة المتاع (معه) اى مع المضارب (الف بالنصف فاشترى به برا فباعه بالفين واشترى بهما) اى بالالفين (عبدا) ولم ينقد الالفين (فضاعا) اى الالفان (عنده) اى المضارب (غرم) اى المضارب (خمسمائة والمالك الباقى) وهو الف وخمسمائة (وربع العبد للمضارب وباقيه) وهو ثلاثة ارباعه (لها) اى للمضاربة (ورأس المال الفان وخمسمائة) لان المال لما صار الفين ظهر ربح فى المال وهو الف فكان بينهما نصفين فنصيب المضارب منه خمسمائة فاذا اشترى بالالفين عبدا صار العبد مشتركا بينهما فربعه للمضارب وثلاثة ارباعه للمالك ثم اذا ضاع الالفان قبل النقد كان عليهما ضمان ثمن العبد على قدر ملكهما فى العبد فربعه على المضارب وهو خمسمائة وثلاثة ارباعه على المالك وهو الف وخمسمائة فنصف المضارب خرج عن المضاربة لانه صار مضمونا عليه ومال المضاربة امانة وبينهما تناف ونصيب المالك على المضاربة لعدم ما ينافيها (ورابح على الفين فقط) يعنى لا يبيع العبد مرابحة الا على الفين لانه اشتراه بهما (فلو بيع) اى العبد (بضعفهما) وهو اربعة آلاف (فحصتها) اى حصة المضاربة (ثلاثة آلاف) فألفان وخمسمائة منها رأس المال (والربح منها خمسمائة بينهما) نصفان (شرى من المالك بالف عبدا اشتراه بنصفه رابح) بنصفه لا بتمام الالف لان بيعه من المضارب كبيعه من نفسه لانه وكيله وان حكم بجوازه لتعلق حق المضارب به فلا يجوز بناء المرابحة عليه لانها مبنية على الامانة والاحتراز عن شبهة الخيانة فتبتنى على ما اشتراه به المالك فيكون المضارب كالوكيل له فى بيعه ولو كان بالعكس يبيعه مرابحة بخمسمائة لان البيع الجارى بينهما كالمعدوم لما ذكر فتبتنى المرابحة على ما اشتراه به المضارب كأنه اشتراه له وناوله اياه بلا بيع (شرى الفها عبدا يعدل الفين فقتل رجلا خطأ) فأمرا بالدفع او الفداء فان دفعا العبد انتهت المضاربة لان العبد بالدفع زال عن ملكهما بلا بدل وان فديا خرج العبد عن المضاربة اما حصة المضارب فلان ملكه فيه تقرر بالفداء فصار كالقسمة واما حصة المالك فلان العبد بالجناية صار كالزائل عن ملكهما اذ الموجب الاصلى هو الدفع وبالفداء صار كأنهما اشترياه ثم الفداء عليهما بالارباع (فربع الفداء عليه) اى المضارب (وباقيه) وهو ثلاثة الارباع (على المالك) لان الفداء مؤنة الملك فيتقدر بقدره وقد كان الملك بينهما ارباعا لان المال اذا صار عينا واحدا ظهر الربح وهو الف بينهما والف للمالك برأس ماله (واذا فديا صار العبد لهما وخرج عنها) اى المضاربة (فيخدم

(قوله ان ربح المضارب اخذ المالك قدر المنفق) يريد به ان المالك يأخذ رأس ماله كاملا فتكون النفقة مصروفة الى الربح خاصة وما بقى بينهما على ما شرطاه كما فى العناية (قوله الا فى صورة الخلط) يعنى الحاصل منهما معا يشير اليه قوله والفرق الخ وكان ينبغى التصريح بما اذا انفرد احدهما بالخلط ليحسن الفرق بين ما يقتضى الشركة ولا يقتضى تملك مال الآخر بالخلط الحاصل منهما بخلاف الحاصل من احدهما (قوله بدليل جواز تمليك معتق البعض للشريك) يعنى به التضمين اذا اعتق حصته موسرا

المضارب يوما او المالك ثلاثة ايام) بقدر حقهما (شرى عبدا بالفها وهلك الالف قبل نقده دفع المالك ثمنه ثم وثم) اى كلما هلك الالف دفع المالك الفا الى مالا يتناهى (وجميع مادفع رأس ماله) فرق بين هذا وبين الوكيل بشراء عبد بعينه بالف دفع اليه فاشترى فهلك الالف قبل ان ينقده للبائع فان له ان يرجع على الموكل مرة فقط بان المال فى يد المضارب امانة للامر والاستيفاء انما يكون بقبض مضمون فلو جعل قبضه على الاستيفاء صار ضامنا وهو بنا فى الامانة فحمل قبضه ثانيا على جهة الامانة لا الاستيفاء فاذا هلك كان الهلاك على المالك بخلاف الوكيل لا مكان جعله مستوفيا لان الضمان لا ينافى الوكالة فان الغاصب اذا توكل ببيع المغصوب جاز حتى اذا هلك فى يده بعد ماصار وكيلا ضمن فاذا اشترى العبد بألف وجب للبائع على الوكيل الثمن ووجب للوكيل على الموكل مثله فاذا استوفى حقه من الموكل حمل قبضه على جهة الاستيفاء لا الامانة فاذا استوفاه مرة لم يبق الحق اصلا فاذا هلك المقبوض كان الهلاك عليه لا محالة (معه الفان فقال دفعت الفا وربحت الفا وقال المالك دفعت الالفين او ادعى المضارب العموم او قال ماعينت لى تجارة والمالك ادعى الخصوص) يعنى فى الصورتين الاخيرتين (فالقول للمضارب) امافى الاولى فلان حاصل اختلافهما فى مقدار المقبوض والقابض احق بمعرفة مقداره لاستصحابه المال وفى مثله القول للقابض ضمينا كان او امينا وايهما برهن على ماادعى من الفضل قبل لان رب المال يدعى فضلا فى رأس ماله والمضارب فضلا فى الربح والبينات للاثبات واما فى الاخيرتين فلان الاصل فيهما العموم والقول لمن يتمسك بالاصل (ولو ادعى كل نوعا فللمالك) اى القول له لاتفاقهما على الخصوص فاعتبار قول من يستفاد الاذن من جهته اولى والبينة للمضارب لاحتياجه الى نفى الضمان (كما لو قال من معه الف هو مضاربة زيد وقد ربح وقال زيد بضاعة) حيث يصدق زيد مع اليمين لانه ينكر دعوى الربح او دعوى تقويم عمل المضارب (او) كما قال من معه الف هو (قرض وقال زيد بضاعة او وديعة) حيث يصدق زيد مع اليمين لانه ينكر دعوى التملك (ولو وقتا) بان قال رب المال دفعت اليك فى رمضان وقال المضارب دفعت فى شوال (فصاحب الوقت (الاخير اولى) لان الاخير ينسخ الاول

كتاب الشركة

لا يخفى وجه المناسبة بين الكتابين (هى) اختلاط شئ بشئ ومنه الشرك بالتحريك حبالة الصائد لان فيه اختلاط بعض حبله بالبعض ثم اطلقت على العقد مجازا لكونه سببا لها ثم صارت حقيقة عرفية وهى (اما شركة ملك وهى ان يملكا عينا بارث او شراء او اتهاب او استيلاء) على مال حربى (او اختلاط ماليهما بلا صنع (من احدهما (او خلطها حتى تعذر التميز) كالحنطة بالحنطة والشعير بالشعير ونحو ذلك او تعسر كالحنطة بالشعير ونحو ذلك (وكل اجنبى فى مال صاحبه) حتى لا يجوز له التصرف فيه الا باذنه كما للاجانب (فيصح له بيع حظه) اى نصيبه من المال (ولو

من غير شريكه بلا اذنه) يعنى يجوز بيع احد الشريكين نصيبه من المال من شريكه ومن غيره بلا اذن شريكه (الا فى صورة الخلط والاختلاط) فانه لا يجوز الا باذنه والفرق ان خلط الجنس بالجنس بصفة التعدى سبب لزوال الملك من المخلوط الى الخالط واذا حصل بغير تعد حصل سبب الزوال من وجه دون وجه فاعتبر نصيب كل منهم زائلا عن الشريك فى حق البيع من غير الشريك فلا يجوز الا برضا الشريك غير زائل فى حق البيع من الشريك عملا بالشبهين وهذا اولى من عكسه لان التصرف مع الشريك اسرع نفاذا من التصرف مع الاجنبى بدليل جواز تمليك معتق البعض للشريك لا الاجنبى وكذا اجارة المشاع من الشريك جائزة (واما شركة عقد) عطف على قوله واما شركة ملك (وركنها الايجاب) بان يقول احدهما شاركتك فى كذا او فى عامة التجارات (والقبول) بان يقول الآخر قبلت فانها عقد من العقود الشرعية فلا بد لها من ركن كسائرها (وشرطها كون المعقود عليه) اى التصرف الذى عقد الشركة عليه (قابلا للوكالة) ليقع ما تحصله كل منهما مشتركا بينهما فيحصل لنفسه بالاصالة ولشريكه بالوكالة ولا يمكنه ذلك فيما لا يقبل التوكيل كالاحتطاب ونحوه من المباحات لان التوكيل لا يصح فيه بل ما يكتسبه يكون له خاصة (وعدم ما يقطعها) اى الشركة (كشرط دراهم مسماة من الربح لاحدهما) فانه يقطع الشركة فى الربح لاحتمال ان لا يبقى بعد هذه الدراهم المسماة ربح يشتركان فيه (وهى) اى شركة العقد (ثلاثة) الاول (شركة بالاموال و) الثانى (شركة بالاعمال وتسمى) هذه الشركة اصطلاحا (شركة الصنائع و) شركة (التقبل و) شركة (الابدان) ووجه التسمية ظاهر (و) الثالث (شركة الوجوه) قال فى الهداية ثم هى على اربعة اوجه اى شركة العقود على اربعة اوجه مفاوضة وعنان وشركة الصنائع وشركة الوجوه وتبعه صاحب الكافى وقال فى غاية البيان هذا التقسيم فيه نظر لانه يوهم ان شركة الصنائع وشركة الوجوه مغايرتان للمفاوضة والاولى فى التقسيم ما ذكره الشيخان ابو جعفر الطحاوى وابو الحسن الكرخى فى مختصريهما بقولهما الشركة على ثلاثة اوجه شركة بالاموال وشركة بالاعمال وشركة بالوجوه وكل واحدة على وجهين مفاوضة وعنان وفى الهداية اشارة الى هذا حيث قال فى بيان شركة الوجوه وانها تصح مفاوضة لانه يمكن تحقيق الكفالة والوكالة فى الابدان واذا اطلقت تكون عنانا فلما عثرت على هذا اخترته وبينته على طبق غاية البيان وقلت (وكل منها اما مفاوضة) هى بمعنى المساواة سمى هذا العقد بها لاشتراط المساواة فيه من جميع الوجوه كما سيأتى (او عنان) مأخوذ من قولهم عن اى عرض سمى هذا العقد به لما قال ابن السكيت كانه عن لهما شئ فاشتركا فيه او من عنان الفرس كما ذهب اليه الكسائى والاصمعى لان كلا منهما جعل عنان التصرف فى بعض المال الى صاحبه (اما المفاوضة فى الشركة بالاموال فبان تضمنت وكالة) اى يكون كل منهما وكيلا للآخر ليتحقق المقصود وهو الشركة فى المشترى لانه لا يقدر ان يدخله فى ملك صاحبه الا بالوكالة منه لعدم ولايته عليه لا يقال قدمر ان الوكالة بالمجهول لا تجوز

(قوله وكل منهما) الميم الثانية زائدة من الناسخ (قوله او عنان) بفتح العين كما فى شرح المجمع

فوجب ان لاتصح هذه الشركة لتضمنها الوكالة بمجهول الجنس كما اذا وكله بشراء ثوب ونحوه لانا نقول الوكالة بالمجهول لاتجوز قصدا وتجوز ضمنا كما مر فى المضاربة (وكفالة) بان يكون كل منهما كفيلا للآخر ليتحقق المساواة بينهما وطلب كل منهما فيما يشتريه احدهما لا يقال قدمران الكفالة لاتصح الا بقبول المكفول له فى المجلس كيف جازت هنا مع جهالته لانا نقول قدمر ايضا ان الفتوى على صحتها واو سلم فذلك فى الكفيل القصدى وههنا ضمنى كالوكالة (وتساويا) اى الشريكان (مالا) يعنى مالا تصح به الشركة كما سنبين بخلاف العروض والعقار حيث لا يضرها التفاضل فيهما (وتصرفا) بان يقدر احدهما على جميع ما يقدر عليه الآخر من التصرفات والانات بمعنى المساواة (فلاتصح) تفريع على قوله وكفالة (بين عبدين وصبيين ومكاتبين) فانهم ليسوا باهل الكفالة (ولا بين حر ومملوك وصبي وبالغ ومسلم وذمى) تفريع على قوله تصرفا فان الحر البالغ يستقبل بالتصرف والكفالة والعبد لا يملك شيأ منهما الا باذن مولاه والصبي لا يملك الكفالة واذن له المولى ويملك التصرف باذنه والكافر اذا اشترى خمرا او خنزيرا لايقدر المسلم ان يبيعه ومن شرطها ان يقدر على بيع ما اشتراه شريكه لكونه وكيلا له فى المبيع والشراء وكذا المسلم لايقدر على شرائهما كما يقدر الكافر عليه ولم يقل ودينا كما فى سائر الكتب لاندراج ما يفيد تحت قوله وتصرفا كما ذكرنا فهو مغن عنه (ولابد فى انعقاد شركة المفاوضة (من ذكر لفظ المفاوضة او بيان معناه) اى معنى ذلك لان اكثر الناس لايعرفون جميع شرائطها فيجعل التصريح بالمفاوضة قائما مقام ذلك كله وان بينا جميع ما يقتضى المفاوضة صحت اذ العبرة للمعنى لا للفظ (فشرى كل لهما) اى اذا ذكرا اللفظ او بين المعنى يكون ما اشتراه كل واحد منهما مشتركا بينهما لان مقتضى المفاوضة المساواة (الا طعام اهله) والادام (وكسوتهم) اى كسوة اهله وكسوته فانها تكون له خاصة استحسانا والقياس ان تكون على الشركة لانها من عقود التجارة فكانت من جنس ما يتناوله عقد الشركة ووجه الاستحسان انها مستثناة من مقتضى المفاوضة اذ كل منهما حين شارك صاحبه كان عالما بحاجته الى ذلك فى مدة المفاوضة ومعلوم ان كلا منهما لم يقصد بالمفاوضة ان تكون نفقته ونفقة عياله على شريكه وانه لايتمكن من تحصيل حاجته الا بالشراء فصار كل منهما مستثنيا لهذا القدر من تصرفه مما هو مقتضى المفاوضة والاستثناء المعلوم بدلالة الحال كالاستثناء المشروط وللبائع ان يطالب بثمن الطعام والكسوة ايهما شاء المشترى بالاصالة وصاحب الكفالة ويرجع الكفيل على المشترى ان ادى من مال الشركة بقدر حصته لان الثمن كان عليه خاصة وقد قضى من مال الشركة (وكل دين لزم احدهما بما تصح فيه الشركة) وسيأتى بيانه وهو احتراز عن لزوم دين بما لايصح فيه الشركة كالجناية والصلح عن دم عمد والنكاح والخلع والنفقة (كالشراء والبيع والاستئجار اوكفالة) بمال (بأمر) اى امر المكفول عنه (ضمنه) اى ذلك الدين (الآخر) وانما ضمن فيها تحقيقا للمساواة (وبلا امر لا) اى لايضمن شريكه لانها تبرع محض كالكفالة بالنفس واذا كانت بامر كانت

(قوله وكل دين لزم احدهما بما تصح فيه الشركة) اى يجوز ان يقع مشتركا وان لم توجد الشركة فيه يطالب به كل منهما (قوله كالشراء الخ) هو الموعود به

(قوله وتتضمن الوكالة) اى اذا لم ينص على المفاوضة والكفالة على الوكالة فقط او صرح بكونها عنانا لم تتضمن الكفالة (قوله وتساوى ماليهما لا الربح وبالعكس) اى تساوى لا المالين ليس على اطلاقه لما قال قاضيخان لا يشترط المساواة فى الربح عند علمائنا الثلاثة فان شرط المساواة فى الربح او شرط لاحدهما فضل ربح ان شرط العمل عليهما كان الربح بينهما على ما شرطا عملا جميعا او عمل احدهما دون الآخر وان شرطا العمل على المشروط له وفضل الربح جاز ايضا وان شرط العمل على اقلهما ربحا لا يجوز اه وكذا فى العناية وقال فيها لو شرط العمل على احدهما وشرط الربح بينهما على قدر رأس مالهما جاز ويكون مال الذى لا عمل عليه بضاعة عند العامل له ربحه وعليه وضيعته (قوله ثم يرجع على شريكه بحصته منه) اى من الثمن يعنى اذا صدقه اما لو اختلفا بأن ادعى شراء عبد للشركة وهلك فعليه البينة لانه يدعى حق الرجوع وذاك منكر فالقول له كما فى التبيين (قوله فلا يصلحان لرأس مال الشركة) كان ينبغى افراد الضمير لرجوعه للتبر ولعله ثناه لملاحظة النقرة منه (قوله وبالعرض بعد بيع كل نصف عرضه بنصف عرض الآخر الخ) اى تصح هذه الشركة وهى شركة عقد فى المختار تبعا للقدورى واختاره شيخ الاسلام وصاحب الذخيرة والمزنى من اصحاب الشافعى رحمهم الله تعالى ومال شمس الائمة وصاحب الهداية الى انه لا يجوز عقد الشركة ولا يخفى ضعفه كذا فى البرهان اه وحمل بعضهم ما ذكر هنا على ما اذا تساوى قيمة العرضين واما اذا تفاوتت فيبيع صاحب الاقل بقدر ما يثبتان به الشركة وهذا الحمل غير محتاج اليه فان قوله بعد بيع كل نصف عرضه بنصف عرض الآخر (درر ٤١ ني) وقع اتفاقا او قصدا ليكون شاملا للمفاوضة والعنان وقوله عرضه بنصف عرض الآخر وقع اتفاقا لانه لو باعه بالدراهم ثم عقد الشركة فى العرض الذى باعه جاز ايضا كما فى التبيين

مفاوضة كما سيأتى (واما العنان فى الشركة بالاموال) عطف على قوله اما المفاوضة (فهى شركة فى كل تجارة او نوع منها) كالثوب والطعام ونحوهما (وتتضمن الوكالة) ليتحقق المقصود بالشركة وهو التصرف فى مال الغير (فقط) اى دون الكفالة لانها تثبت فى المفاوضة ضرورة المساواة التى يقتضيها اللفظ وهذا اللفظ لا ينبئ عنه كما مر (وتصح ببعض المال) لان الحاجة ماسة اليه والمساواة ليست شرطا فيه فوجب القول بصحته (ومع فضل مال احدهما) لعدم اشتراط التساوى فيه (وتساوى ماليهما لا الربح وبالعكس) اى تساوى الربح لا المالين لقوله صلى الله عليه وسلم الربح على ما شرطا والوضيعة على قدر المالين مطلقا بلا فصل بخلاف شرط كل الربح لاحدهما لخروج العقد به عن الشركة (و) تصح ايضا (بكون احدهما) اى احد المالين (دراهم والآخر دنانير) او من احدهما دراهم بيض ومن الآخر سود (وبلا خلط) وقال زفر والشافعى لا تصح بدونه لان الربح فرع المال ولا يتصور وقوع الفرع على الشركة الا بثبوت الشركة فى الاصل ولا اشتراك بلا خلط ولنا ان الشركة عقد توكيل من الطرفين ليشترى كل منهما بماله على ان يكون المشترى بينهما وهذا لا يفتقر الى الخلط والربح يستحق بالعقد كما يستحق بالمال ولهذا سمى العقد شركة وهذه الشركة مستندة العقد حتى جاز شركة الوجوه والتقبل فاذا استندت الى العقد لم يشترط فيها المساواة والاتحاد والخلط (وكل يطالب بثمن مشتريه لا الآخر) لما مر انه يتضمن الوكالة لا الكفالة والوكيل هو الاصل فى الحقوق (ثم يرجع على شريكه بحصته منه) اى من الثمن (ان اداه من ماله) لا من مال الشركة لانه وكيل من جهته فى حصته فاذا ادى من مال نفسه رجع عليه (ولا يصحان) اى المفاوضة والعنان فى الشركة بالاموال (الا بالنقدين) اى الدراهم والدنانير (والفلوس النافقة) اى الرائجة (والتبر) وهو ذهب غير مضروب (والنقرة) وهى فضة غير مضروبة (ان تعامل الناس بهما) اى بالتبر والنقرة الصحيح ان عقد الشركة على الفلوس النافقة يجوز اتفاقا لكونها ثمنا باصطلاح الناس واما التبر فقد جعل فى شركة الاصل وفى الجامع الصغير بمنزلة العروض فلا يصلحان لرأس مال الشركة والمضاربة وجعله فى صرف الاصل كالاثمان والاول ظاهر المذهب قالوا المعتبر فيه العرف ففى كل بلدة جرى التعامل بالمبايعة بالتبر فهو كالنقود لا يتعين بالعقود وتصح الشركة به ونزل التعامل باستعماله ثمنا بمنزلة الضرب المخصوص وفى كل بلدة لم يجز التعامل به فهو كالعروض يتعين فى العقود ولا يصح به الشركة كذا فى الكافى (و) لا يصحان الا بما ذكر و (بالعرض) لكن (بعد بيع كل) من الشريكين (نصف عرضه بنصف عرض الآخر) يعنى لو باع منهما نصف ماله من العرض بنصف مال الآخر منه صارا شريكين فى الثمن شركة ملك حتى لا يجوز لاحدهما ان يتصرف

في نصيب الآخر ثم بالعقد صارت شركة عقد حتى جاز لكل منهما ان يتصرف في نصيب صاحبه وهذه حيلة لمن اراد الشركة في العروض (وان ملك احد المفاوضين) بارث او هبة (ما تصح فيه الشركة) كما مر آنفا (وقبض) عطف على ملك (صارت) المفاوضة (عنانا) لزوال المساواة المعتبرة في المفاوضة (هلاك ماليهما او مال احدهما قبل الشراء يبطلها) لانها من العقود الجائزة فشرط لدوامه ما شرط لابتدائه وهذا ظاهر في هلاك المالين وكذا اذا هلك احدهما لانه لم يرض بشركة صاحبه في ماله الا ليشركه في ماله فاذا فات ذلك لم يكن راضيا بشركته فيبطل العقد لعدم النافذ (وهو) اي الهلاك (على صبه) اي صاحب المال (قبل الخلط هلك في يده او يد الآخر) اما اذا هلك في يده فظاهر واما اذا هلك في يد الآخر فلكونه امانة عنده (وبعده) اي بعد الخلط يهلك (عليهما) لانه لا يتميز فيهلك من المالين (فان هلك مال احدهما بعد شراء الآخر بماله فشريه لهما) على ما شرطا لان الملك حين وقع وقع مشتركا بينهما لقيام الشركة وقت الشراء فلا يتغير الحكم بهلاك مال الآخر والشركة شركة عقد حتى ان ايهما باعه جاز بيعه لان الشركة قد تمت في المشترى فلا تنتقض بهلاك المال بعد تمامها (ورجع على الآخر بحصته من ثمنه) لانه اشترى نصفه بوكالته ونقد الثمن من مال نفسه فيصح رجوعه كما مر (وان هلك قبله) اي قبل شرا الآخر (فان وكله حين الشركة صريحا فشريه لهما) على ما شرطا في رأس المال لا الربح مثلا ان كان رأس المال بينهما اثلاثا فالمشترى يكون اثلاثا وان كان انصافا فكذلك لان الشركة ان بطلت فالوكالة المصرح بها قائمة فكان مشتركا بحكم الوكالة وتكون شركة ملك حتى لا يملك احدهما ان يتصرف في نصيب الآخر (والا) اي وان لم يوكله صريحا (فلا) اي لا يكون المشترى لهما بل للمشترى خاصة لان الوقوع على الشركة حكم وكالة تثبت في ضمن الشركة وقد بطلت الشركة بهلاك مال احدهما فيبطل ما في ضمنها من الوكالة (ولكل من هذين الشريكين) اي المفاوضين وشريكي العنان (ان يبضع) لانه معتاد في عقد الشركة (ويودع) لانه من عادة التجار (ويضارب) اي يدفع المال مضاربة لانها دون الشركة فيجوز ان تتضمنها بخلاف الشركة لان الشئ لا يتضمن مثله (ويوكل) من يتصرف فيه بيعا او شراء لانه من عادة التجار (والمال في يده) اي يد كل من الشريكين (امانة) حتى اذا هلك لم يضمنه بلا تعد (واما المفاوضة في شركة الصنائع فبأن يشترك صانعان متساويان فيما يجب فيه المساواة في المفاوضة المذكورة) وهي المفاوضة في الشركة بالاموال بأن يكونا من اهل الكفالة وان يشترطا ان يكون ما رزق الله تعالى بينهما نصفين وان يتلفظا بلفظ المفاوضة وقد مر بيانه (سوى المال) لاختصاص المساواة فيه بالمفاوضة السابقة (كصباغين او خياطين او خياط وصباغ) اشارة الى ان اتحاد الصنعة والمكان ليس بشرط في شركة الصنائع (ويتقبلا العمل) عطف على يشترك (لاجر بينهما) اي ليكون كل ما يحصله احدهما من الاجر مشتركا بينهما كما هو حكم المفاوضة (وتضمنت وكالة) لاعتبارها في جامع انواع الشركة (وكفالة) تحقيقا لمعنى المفاوضة (وصحت وان

(قوله وان ملك احد المفاوضين) قال في شرح القدوري والمجمع ودرر البحار ومواهب الرحمن واذا ملك ما تصح به الشركة صارت عنانا (قوله وقبض) لم يذكره اولئك لان المبطل للمفاوضة زيادة مال احدهما فزيادة القبض غير مرضية مع الملك لايهامها اشتراط القبض في النقد الموروث وقد حصل ملكه بمجرد موت المورث والموهوب لا يملك بدون قبض فكان الملك كافيا لانقلاب المفاوضة عنانا لزيادة مال احدهما وبسطناه برسالة (قوله والمشترى شركة عقد) هذا قول محمد وقال الحسن شركة ملك فلا يتصرف في حصة صاحبه (قوله ولكل من هذين الشريكين ان يبضع الخ) كذا له ان يستأجر ويستقرض وليس لاحد شريكي العنان ان يرهن ويرتهن بخلاف المفاوضين كما في شرح المجمع وليس للشريك عنانا والمضارب والمستبضع تحليف من حلفه الشريك ورب المال ثانيا وليس لاحد شريكي العنان ان يكاتب عبده من تجارتهما ولا ان يزوج امته منها ولا يعتق على مال واقراره بأمة في يده لم يجز في نصيب شريكه واقالة احدهما بيع الآخر جائزة ورد بيعه على الآخر بعيب بغير قضاء وحطه من الثمن بعيب جائز عليهما وان حط بغير علة جاز في حصته خاصة واقراره بعيب فيما باعه جائز عليهما كما في قاضيخان (قوله ويوكل) قال في البدائع فان اخرج الآخر الوكيل ببيع او شراء او اجارة خرج وان كان وكيلا في تقاضي ما داينه ليس للآخر اخراجه (قوله بأن يكونا من اهل الكفالة وان يشترطا ان يكون ما رزق الله بينهما نصفين وان يتلفظا بلفظ المفاوضة) اقول اشتراط المناصفة ليس قيدا وكذا ذكر المفاوضة مع ذكر ما تضمنته ذكر احدهما (وصلية)

وصلية (شرط العمل نصفين والمال اثلاثا استحسانا) وفى القياس لا تصح لان الضمان بقدر العمل فالزيادة عليه ربح مالم يضمن فلم يجز العقد لافضائه اليه فصار كشركة الوجوه وجه الاستحسان ان ما يأخذه لا يأخذه ربحا لان الربح يحرم عند اتحاد الجنس وقد اختلف لان رأس المال عمل والربح مال فكان بدل العمل والعمل يتقوم بالتقويم فيتقدر بقدر ما قوم به فلا يحرم بخلاف شركة الوجوه لما سيجئ ان شاء الله تعالى (ولزم كلا عمل قبله احدهما ويطالب الآخر) اى كل منهما (ويبرأ الدافع بدفعه اليه والكسب بينهما) نصفين (وان عمل احدهما) قياسا واستحسانا لان هذا مقتضى المفاوضة المتضمنة للكفالة (واما العنان فى شركة الصنائع فبان يشترك صانعان بلا تساو بينهما فيما ذكر وتضمنت وكالة) فقط (وتثبت به الاحكام المذكورة استحسانا) والقياس ان لا تثبت لان الشركة وقعت مطلقة عن قيد الكفالة والاحكام المذكورة من موجباتها وجه الاستحسان ان هذه الشركة مقتضية لوجوب العمل فى ذمة كل منهما ولهذا يستحق الاجر بسبب نفاذ تقبله عليه فجرى مجرى المفاوضة فى ضمان العمل واقتضاء البدل حتى قالوا اذا اقر احدهما من ثمن صابون او اشنان مستهلك لم يصدق على صاحبه ويلزمه خاصة لان التنصيص على المفاوضة لم يوجد ونفاذ الاقرار يوجب التصريح بها (واما المفاوضة فى شركة الوجوه) حيث اذا لا يشترى بالنسيئة الا من له وجاهة عند الناس (فبان يشترك متساويان فيما ذكرنا لا يشتريا) متعلق بقوله يشترك (بوجوههما ويبيعا وتضمنت وكالة) لما مر ان التصرف على الغير لا يجوز الا بوكالة او ولاية ولا ولاية فتعين الاولى (وكفالة) تحقيقا لمعنى المفاوضة (واما العنان فيها) اى فى شركة الوجوه (فبأن لا يعتبر التساوى فيها) اى فى الامور المذكورة فى المفاوضة (وتضمنت وكالة فقط) لما مر (وان شرطا) اى الشريكان شركة الوجوه (مناصفة المشترى او مثالثته فالربح كذلك وشرط الفضل باطل) لان الربح لا يستحق الا بالعمل كالمضارب او بالمال كرب المال او بالضمان كالاستاذ الذى يتقبل العمل من الناس فيلقيه على التلميذ باقل مما اخذ فيطيب له الفضل بالضمان ولا يستحق بغيرها الا يرى ان من قال لغيره تصرف فى مالك على ان لى بعض ربحه لا يستحق شيأ لعدم هذه المعانى

فصل

فى الشركة الفاسدة (لا شركة فى الاحتطاب والاحتشاش والاصطياد وسائر المباحات) لان الشركة تتضمن التوكيل وهو اثبات ولاية التصرف فيما هو ثابت للموكل وهذا المعنى لا يتصور هنا لان الموكل لا يملكه فلا يملك اقامة الغير مقامه (وما حصل احدهما فله) لانه اثر عمله (وما حصلاه معا فلهما) لانه اثر عملهما (نصفين) تحقيقا للمساواة (وما حصل احدهما باعانة الآخر فله) اى للمحصل لانه الاصل فى العمل (وللآخر اجر مثله بالغا ما بلغ عند محمد ولا يزاد على نصف ثمنه عند ابى يوسف) كما هو حكم الاجارة الفاسدة على خلاف بينهما (ولا فى الاستقاء) بان كان لاحدهما بغل وللآخر راوية واستقى احدهما والكسب

(قوله ويبرأ الدافع بدفعه اليه) اى يبرأ المستأجر بدفعه الاجرة الى الذى لم يستعمله والكسب بينهما وان عمل احدهما اى ولم يشترطا التفاضل كما تقدم

فصل

(قوله فالكسب للعامل) فيه نوع استدراك (قوله كالربح) اى كان الربح تابع للبذر فى المزارعة والربح النماء والزيادة كذا فى الجمل قال الاتقانى

للعامل لكونه عاملا (وعليه اجر المثل للآخر) لانه اجيره اجارة فاسدة (الربح فى الشركة الفاسدة على قدر المال وان شرط الفضل) لان الاصل ان الربح تابع للمال كالربع ولم يعدل عنه الا عند صحة التسمية ولم تصح فيبطل شرط التفاضل لان استحقاقه) بالعقد فيكون فيه تقرير الفساد وهو واجب الدفع (وتبطل) اى الشركة مطلقا (بموت احدهما ولو حكما) بان يرتد ويلحق بدار الحرب ويحكم به القاضى لان الوكالة لازمة للشركة والموت يبطل الوكالة ومبطل اللازم مبطل للملزوم (لايزكى احدهما مال الآخر بلا اذنه) اى ليس لاحد الشريكين ان يؤدى زكاة مال الآخر بلا اذنه لانه ليس من جنس التجارة (فان اذن كل لصاحبه فاديا ولاء) اى بالتعاقب (ضمن الثانى وان جهل باداء الاول) لانه اتى بغير المأمور به لانه اسقاط الفرض عنه ولم يسقط فصار مخالفا فيضمنه علم اولم يعلم لانه صار معزولا باداء الموكل حكما لفوات المحل وذلا يختلف بالعلم والجهل كالوكيل ببيع العبد اذا اعتقه الموكل ينعزل علم به اولا (وان اديامعا) اى ادى كل واحد بغيبة صاحبه واتفق اداؤهما فى زمان واحد ولا يعلم التقدم والتأخر (ضمن كل قسط الآخر) ويتقاصان فان كان مال احدهما اكثر يرجع بالزيادة (شرى مفاوض امة باذن شريكه ليطأها فهى له مجانا) يعنى اذا اذن احد المفاوضين لصاحبه بشراء امة ليطأها فاشتراها المأمور وادى الثمن من مال الشركة فهى له بغير شئ اى لايغرم لشركة شيأ عند ابى حنيفة وعندهما يرجع عليه بنصف الثمن لان الشراء وقع للمأمور خاصة فكان الثمن واجبا عليه وقد اداه من مال الشركة فيرجع عليه بنصف الثمن كما فى ثمن الطعام والكسوة وله ان الجارية تدخل فى ملكهما جريا على مقتضى الشركة ثم الاذن يتضمن هبة نصيبه لان الوطء لا يحل الا بالملك فصار كما اذا اشترياها ثم قال احدهما للآخر اقبضها لك كان هبة وهبة المشاع فيما لا يقسم جائزة بخلاف طعام الاهل وكسوتهم لان ذلك مستثنى عن الشركة للضرورة كما مر بيانه ولا ضرورة فى مسئلتنا (واخذ البائع بثمنها ايا شاء) المشترى بالاصالة وصاحبه بالكفالة كما مر فى الطعام والكسوة

كتاب المزارعة

(هى) لغة مفاعلة من الزرع وشرعا (عقد على الزرع ببعض الخارج ولا تصح عند ابى حنيفة) لحديث رافع بن خديج انه صلى الله عليه وسلم نهى عن المخابرة وهى مزارعة الارض على الثلث او الربع من الخبير وهو الاكار ولهذا سمى الخبار وهى الارض الرخوة ولانها استئجار الارض ببعض ما يخرج من عمله فكان فى معنى قفيز الطحان كما مر فى الاجارة (وتصح عندهما) لانه صلى الله عليه وسلم دفع نخيل خيبر الى اهلها معاملة وارضها مزارعة على نصف ما يخرج من ثمر وزرع وبه عمل الصحابة والتابعون والصالحون الى يومنا هذا وبمثله يترك خبر الواحد والقياس ولهذا قالوا (وبه يفتى وركنها الايجاب والقبول) كسائر العقود (وشرطها) ثمانية امور الاول (اهلية العاقدين) اذ لا صحة لعقد ما بدونها (و) الثانى (صلاحية الارض

(قوله فان اذن كل لصاحبه فأديا ولاء اى بالتعاقب الخ) هذا عند ابى حنيفة وقالا ان علم يضمن والا فلا كذا اشار فى كتاب الزكاة وفى الزيادات لا يضمن علم بأداء شريكه اولم يعلم وهو الصحيح عندهما وعلى هذا الخلاف الوكيل باداء الزكاة او الكفارات كما فى التبيين ولو قضى احدهما دينا من مال الشركة ثم قضاه الآخر ثانيا ولم يعلم ان الاول قضاه لم يضمن بغير خلاف وهذه حجة ابى يوسف فى مسئلة الزكاة كذا فى المنافى واقول قد يفرق بأن الشريك وكالته باقية لبقاء الشركة فلا ضمان عليه لعدم عزله باداء الاول واما الزكاة فاداؤها بعد اداء الآمر اداء معزول مالا يملكه لعزله بفعل الآمر وقال الزيلعى المأمور بقضاء الدين لا يضمن بقضائه بغير علم بعد قضاء الآمر لانه لم يخالف لانه جعل المقبوض مضمونا على القابض لان الديون تقضى بأمثالها فأمكنه الرجوع على القابض بعد الهلاك اه (قوله اى لايغرم شريكه شيئا) ينبغى ان يقال لشريكه لكون الضمير فى يغرم للمأمور تأمل

كتاب المزارعة

(قوله وتصح عندهما لانه صلى الله عليه وسلم دفع نخيل خيبر الى اهلها معاملة) قال الزيلعى والجواب من الامام عنه ان معاملة النبى صلى الله عليه وسلم اهل خيبر كان خراج مقاسمة بطريق المن والصلح والدليل على ذلك ان النبى صلى الله عليه وسلم لم يبين لهم المدة ولو كانت مزارعة لبينها اه وفرع الامام رحمه الله هذه المسائل فى المزارعة على قول من جوزها لعلمه ان الناس لا يأخذون بقوله كذا فى الخلاصة

(قوله وبيان مدة متعارفة) قال قاضيخان وشروط جوازها سنة منها بيان الوقت فان دفع ارضه مزارعة ولم يذكر الوقت قال فى الكتاب لا تصح المزارعة وقال مشايخ بلخ لا يشترط بيان المدة وتكون المزارعة على اول السنة يعنى على اول زرع يكون فى تلك السنة ثم قال والفتوى على بيان الوقت على جواب الكتاب اه وفى الخلاصة وبيان المدة سنة اوسنتين شرط فى المزارعة وفى المعاملة تصح من غير بيان المدة استحسانا ويقع على اول ثمرة تخرج فى تلك السنة وفى النوازل عن محمد بن سلمة رحمه الله المزارعة من غير بيان المدة جائز ايضا ويقع على سنة واحدة يعنى على زرع واحد وبه اخذ الفقيه ابو الليث وقال انما شرط اهل الكوفة بيان الوقت لان وقت المزارعة عندهم متفاوت ابتداؤها وانتهاؤها مجهول ووقت المعاملة معلوم فاجازوا المعاملة ويقع على اول السنة ولم يجوزوا المزارعة اما فى بلادنا وقت المزارعة معلوم فيجوز اه وفى البزازية وعن محمد رحمه الله جوازها بلا بيان المدة ويقع على اول زرع يخرج زرعا واحدا ﴿ ٣٢٥ ﴾ وبه اخذ الفقيه وعليه الفتوى وانما شرط محمد بيان المدة فى الكوفة ونحوها لان وقتها متفاوت عندهم وابتداؤها وانتهاؤها مجهول عندهم ووقت المساقاة معلوم اه فقد تعارض ما عليه الفتوى (قوله والرابع بيان رب البذر) قال فى البزازية وعن ائمة بلخ انه ان كان عرف ظاهر فى تلك النواحى ان البذر على من يكون لا يشترط البيان اه وذكر مثله قاضيخان عن الفقيه ابى بكر البلخى لكن ان كان العرف مستمرا وان كان مشتركا لا تصح المزارعة وهذا اذا لم يذكر الفظا يدل عليه فان ذكر بان قال صاحب الارض دفعت اليك الارض لتزرعها لى او قال استأجرتك لتعمل فيها بنصف الخارج يكون بيانا ان البذر من قبل صاحب الارض وان قال لتزرعها لنفسك كان بيانا ان البذر من قبل العامل اه (قوله والخامس بيان جنسه) قال قاضيخان ولا يشترط بيان مقدار البذر لان ذلك يصير معلوما باعلام الارض فان لم يبينا جنس البذر ان كان البذر من قبل صاحب الارض وان كان البذر من قبل العامل ولم يبينا جنسه كانت المزارعة فاسدة الا اذا فوض الامر الى العامل على وجه العموم فان لم يفوض وزرع تنقلب جائزة (قوله والسادس بيان حظ الآخر اى بيان من لا بذر من قبله) لعله بيان حظ من لا بذر من قبله (قوله والثامن الشركة فى الخارج) فيما قدم من بيان حظ الآخر غنية عن هذا (قوله وانما تصح ايضا اذا كان نفقة الزرع عليهما بقدر حقهما) قال فى البرهان فان شرطت على العامل فسدت فى ظاهر الرواية ويجيزها ابو يوسف اذا شرطت على المزارع فى رواية اصحاب الامالى عنه لانه متعارف وصار كشرط حذو النعل على البائع واختاره مشايخ بلخ شمس الائمة السرخسى فى المبسوط وهذا هو الصحيح فى ديارنا اه وقال فى الخلاصة عن النوازل كان محمد بن سلمة ونصير بن يحيى يجيزان المزارعة بشرط الحصاد ولا اعرف احدا فى زمانهما خالفهما فى ذلك قال الفقيه ابو الليث رحمه الله وبه نأخذ اه

للزارعة) ليحصل المقصود (و) الثالث (بيان مدة متعارفة) بان يقول الى سنة او سنتين مثلا لان العقد يرد على منفعة الارض ان كان البذر من قبل العامل او على منفعة العامل ان كان البذر من قبل صاحب الارض والمنفعة لا يعرف مقدارها الا ببيان المدة فكانت المدة معيار النفع فيجب ان تكون المدة مما تمكن فيها من المزارعة حتى اذا بين مدة لا تمكن فيها منها فسدت لعدم حصول المقصود وكذا اذا بين مدة لا يعيش احدهما الى مثلها عادة كذا فى الذخيرة (و) الرابع بيان (رب البذر) اى من كان البذر من قبله لان المعقود عليه يختلف باختلافه فان البذر ان كان من قبل العامل فالمعقود عليه منفعة الارض وان كان من قبل صاحب الارض فهو منفعة العامل ولا بد من بيان المعقود عليه لان جهالته تفضى الى النزاع (و) الخامس بيان (جنسه) اى جنس البذر اذ لا بد من بيان جنس الاجرة وهو لا يعلم الا ببيان جنس البذر (و) السادس بيان (حظ الآخر) اى بيان من لا بذر من قبله لانه يستحقه عوضا بالشرط فلا بد ان يعلم اذ ما لا يعلم لا يستحق شرطا بالعقد (و) السابع (التخلية بين صاحب الارض والعامل) حتى اذا شرط فى العقد ما يزول به التخلية وهو عمل صاحب الارض مع العامل فسد (و) الثامن (الشركة فى الخارج) عند حصوله لانه ينعقد اجارة ابتداء ويتم شركة انتهاء وكل شرط يؤدى الى قطع الشركة فى الخارج يكون مفسدا للعقد (وانما تصح عندهما (اذا كان الارض والبذر لواحد والبقر والعمل للآخر) لان صاحب الارض استأجر العامل للعمل والبقر آلة للعمل فجاز شرطه عليه كما لو استأجر خياطا ليخيط بابرة نفسه (او الارض لواحد والباقى للآخر) لان رب البذر استأجر الارض بجزء معلوم ولو استأجرها باجر معلوم من الدراهم والدنانير صح فكذا اذا استأجرها بذلك (او العمل لواحد والباقى

الآخر) لان صاحب الارض استأجر العامل ليعمل بآلة المستأجر فتصح كما لو استأجر خياطا ليخيط بإبرة رب الثوب (و) انما تصح ايضا (اذا كان نفقة الزرع عليهما بقدر حقهما كاجر الحصاد والرفاع والدوس والتذرية) لان الغرم بالغنم حتى لو شرطت لاحدهما فسد العقد لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه نفع لاحد المتعاقدين (وتفسد ان كانت الارض والبقر لواحد والبذر والعمل للآخر) لان رب البذر استأجر الارض والبقر واستئجار البقر بجزء من الخارج مقصودا لا يصح لان منفعة البقر ليست من جنس منفعة الارض فان منفعتها قوة في طبعها يحصل بها الخارج ومنفعة البقر صلاحية يقام بها العمل فلعدم المجانسة لا يمكن جعل البقر تابعا لمنفعة الارض ولا يجوز استحقاق منفعة الارض مقصودا بالمزارعة كما لو كان البقر مشروطا على احدهما فقط بخلاف جانب العمل لان البقر آلة العمل فجعلت تابعة لمنفعة العامل (او كان البذر لاحدهما والباقي للآخر) لان الشرع لم يرد به (او كان البذر والبقر لواحد والباقي) وهو الارض والعمل (للآخر) لان كل واحد من البذر والبقر لما لم يصح عند الانفراد لم يصح عند الاجتماع (او شرطا لاحدهما قفزانا مسماة) فانه ايضا مفسد لاحتمال ان لا تخرج الارض الا هذه القفزان فيكون هذا الشرط قاطعا للشركة (او شرطا) لاحدهما (ما يخرج من موضع معين او ما على الماذيانات) وهي اوسع من السواقي (او السواقي) جمع ساقية وهي اكبر من الجدول واصغر من النهر فانه ايضا مفسد لاحتمال ان لا يخرج الا من ذلك الموضع فيكون الشرط قاطعا للشركة (او) شرطا (كون نفقته على العامل) لما مر انه شرط لا يقتضيه العقد وفيه نفع لاحد المتعاقدين (او) شرطا (رفع رب البذر بذره او رفع الخراج الموظف وتنصيف الباقي) حيث تفسد في الصورتين لاحتمال ان لا يحصل الا ذلك القدر واما اذا كان خراج مقاسمة نحو الثلث او الربع فيجوز كما لو شرطا رفع العشر وقسمة الباقي والارض عشرية او شرط رب البذر عشر الخارج لنفسه او للآخر والباقي بينهما لانه مشاع فلا يؤدي الى قطع الشركة (او) شرطا (كون التبن لاحدهما والحب للآخر) حيث تفسد لانه يقطع الشركة في الحب وهو المقصود (او) شرطا (تنصيف الحب والتبن لغير رب البذر) حيث تفسد لانه شرط مخالف لمقتضى العقد وهو يؤدي الى قطع الشركة اذ ربما يصيبه آفة فلا ينعقد الحب فلا يخرج الا التبن (ولو شرطا الحب نصفين ولم يتعرضا للتبن او شرطا الحب نصفين وجعلاه) اي التبن (لرب البذر صحت) اما الاولى فلانهما شرطا الشركة فيما هو المقصود والسكوت من التبع لا يوجب فساد العقد في الاصل واما الثانية فلانه شرط موافق لحكم العقد لانه نماء ملكه والفرع يملك بملك الاصل وانما يستحقه الآخر بالتسمية فاذا فسدت كان النماء كله لرب البذر (وللآخر اجر عمله او اجر مثل ارضه) يعني ان كان البذر من صاحب الارض فللعامل اجر مثله وان كان من قبل العامل فلصاحب الارض اجر مثل ارضه (فلو كان رب البذر صاحب الارض فللعامل مثله لا يزاد على المسمى) لانه رضي بسقوط الزيادة (و) لو كان رب البذر (العامل

(قوله لان الشرع لم يرد به) قال في البرهان ولان صاحب البذر يصير مستأجرا للارض فلابد من التخلية بينه وبينها وهي هنا في يد العامل لا في يد صاحب البذر وعن ابي يوسف انه يجوز للعامل اه (قوله فتفسد ان كان الارض والبقر لواحد) هو ظاهر الرواية وعن ابي يوسف جوازها والفتوى على ظاهر الرواية كما في البزازية ومن الصور الفاسدة ما لو كان البذر منهما والارض لاحدهما وكان العمل مشروطا على غير ذي الارض كما في البرهان وذكر الزيلعي وجها آخر وهو ان يكون البقر من واحد والباقي من آخر قالوا وهو فاسد (قوله ولو شرطا الحب نصفين ولم يتعرضا للتبن الخ) قال في البزازية ويكون التبن لصاحب البذر فيما اذا سكتا عنه وتجوز المزارعة في ظاهر الرواية وعن الثاني واليه رجع محمد ان المزارعة لا تجوز ومشايخ بلخ ان التبن بينهما (قوله فلو كان رب البذر صاحب الارض فللعامل اجر مثله لا يزاد على المسمى) كذا لو كان العامل رب البذر فلصاحب الارض اجر مثلها لا يزاد على المسمى عندهما واوجبها محمد بالغة ما بلغت ويطيب الخارج كله لرب البذر ان كانت الارض له لانه نماء بذره وخرج ارضه وان لم تكن الارض لصاحب البذر تصدق بما زاد على البذر والمؤن كذا في البرهان

فلصاحب الارض اجر مثل ارضه) لاستيفائه منافع الارض بعقد فاسد فيجب عليه قيمتها
اذ لا مثل لها (واذا صحت فالمشروط) اى الواجب هو المشروط لصحة الالتزام (ولاشئ
للعامل ان لم تخرج) اى الارض شيأ لانه يستحقه شركة ولا شركة فى غير الخارج (ويجبر
العامل ان ابى لا رب البذر) يعنى اذا عقدت المزارعة فامتنع من العمل رب البذر
فله ذلك لانه لا يتوصل الى الوفاء بالعقد الا باتلاف البذر وفيه ضرر يلزمه فلا يجبر عليه
كالواستأجر اجيرا ليهدم داره وفى الكفاية هذا (قبل القائه) وبعده يجبر وان امتنع
العامل اجبره الحاكم على العمل لان الوفاء به ممكن بلا ضرر يلحقه فلزم العقد كما فى سائر الا
جارات الا اذا كان له عذر تفسخ به الاجارة كالمرض فيفسخ به المزارعة (ولو ابى رب
البذر والارض له وقد كرب العامل فلاشئ له) فى عمل الكراب (قضاء) لان عمله انما
يتقوم بالعقد والعقد قوم العمل بجزء من الخارج ولا خارج بعده (ويسترضى ديانة) يعنى ان
ماذكر جواب فى القضاء واما فيما بينه وبين ربه فيلزمه ان يعطى العامل اجر مثل عمله
لانه انما اشتغل باقامة هذه الاعمال ليحصل له نصيبه من الخارج فاذا اخذ الارض
منه فقد غره والتغرير مدفوع فيفتى بان يطلب رضاه (وتبطل) اى المزارعة (بموت احد
هما) اى العاقدين كما فى الاجارة (فلو دفعها ثلاث سنين فلما نبت فى الاولى ومات صاحب
الارض قبل ادراكه ترك) اى الزرع (فى يد المزارع الى ادراكه وقسم على الشرط
وبطلت) اى المزارعة (فى) السنتين (الآخريين) لان فى ابقاء العقد فى السنة الاولى مراعاة
حق المزارع والورثة وفى القلع ابطالا لحق العامل اصلا فكان الابقاء اولى واما
فى الاخريين فلا حاجة الى الابقاء اذ لم يثبت الحق للمزارع فى شئ بعد فعملنا بالقياس (مضت
المدة قبل ادراكه فعلى المزارع اجر مثل نصيبه من الارض حتى يدرك) الزرع لانه استوفى
منفعة بعض الارض بتربية حصته فيها الى وقت الادراك (ونفقته) اى نفقة الزرع كاجر
السقى والمحافظة والحصاد والرفاع والدوس والتذرية (عليهما) بقدر حقوقهما حتى
يدرك كنفقة العبد المشترك العاجز عن الكسب (وفى موت احدهما قبله) اى قبل
ادراك الزرع (ترك) اى الزرع فى مكانه (الى ادراكه ولاشئ على المزارع) لانا ابقينا
عقد الاجارة ههنا استحسانا لبقاء مدة الاجارة فامكن استمرار العامل او وارثه على
ما كان عليه من العمل اما فى الاول فلا يمكن الابقاء لانقضاء المدة (انفق احدهما)
على الزرع (بلا امر صاحبه او امر قاض فهو متطوع فى الانفاق) لان كل واحد
منهما غير مجبور على الانفاق فصار كالدار المشتركة بينهما اذا استرمت فانفق
احدهما فى مرمتها بلا امر كان متطوعا (وتفسخ) اى المزارعة (بدين محوج الى
بيعها) اى بيع الارض كما فى الاجارة وليس للعامل ان يطالبه بما كرب الارض
وحفر الانهار وسوى المسناة بشئ اذ لا يجوز ان يطالبه بالمسمى وهو الخارج لانه
معدوم ولا بأجر المثل لانه انما يجب عند فساد العقد ولم يفسد (ولو نبت) اى الزرع
(لم تبع) اى الارض (قبل استحصاده) اى الزرع لان فى البيع ابطال حق
المزارع والتأخير اولى من الابطال ويخرجه القاضى ان حبسه لانه جزاء الظلم

(قوله فيفتى بان يطلب رضاه) قال الزيلعى وذلك بان يوفيه اجر مثله (قوله ونفقته اى نفقة الزرع الخ) اعاده ليعلم الحكم بعد انقضاء المدة (قوله والرفاع) بالفتح والكسر لغة هو ان يرفع الزرع الى البيدر (قوله فامكن استمرار العامل) اى لو مات صاحبه او وارثه اى لو مات العامل فوارثه يعمل مكانه (قوله وتفسخ بدين يحوج الى بيعها) اى بيع ارض يعنى اذا لم يزرعها لما سيذكر ولا بد لصحة الفسخ من القضاء او الرضا على رواية الزيادات وعلى رواية لا يشترط شئ منها كما فى البزازية وفى الخلاصة من الاصل السفر والمرض من قبل المزارع عذر ولو كان المزارع سارقا يخاف على الزرع والثمر منه فهذا عذر اه

وهو لم يظلم لانه ممنوع من بيع الارض فلم يكن ظالما

كتاب المساقاة

(هى) لغة مفاعلة من السقى وشرعا (دفع الشجر الى من يصلحه بجزء من ثمره وهى كالمزارعة) فى انها باطلة عند ابى حنيفة خلافا لهما وان الفتوى على صحتها (وشروطها كشروطها) الممكنة ههنا كاهلية العاقدين وبيان نصيب العامل والتخلية بين الاشجار والعامل والشركة فى الخارج) وماعداها من الشروط المذكورة فيها لا يجرى ههنا (فتصح بلا ذكر المدة) والقياس ان لا تصح لانها اجارة معنى كالمزارعة وتصح استحسانا (وتقع على اول ثمر يخرج) اذ لادراك الثمر وقت معين فلا يتفاوت (وتفسد ان لم يخرج) اى فى هذه السنة لعدم تناول العقد غير هذه السنة فكانهما نصا على ذلك ذكره تاج الشريعة (الا اذا دفع) استثناء من قوله فتصح بلا ذكر المدة (غراسا فى ارض لم تبلغ) اى تلك الغراس (الثمر على ان يصلحها فما خرج كان بينهما نصفين حيث تفسد ان لم يذكر سنين معلومة) ذكره قاضيخان (او دفع اصول رطبة فى ارض مساقاة ولم يسم الوقت فانها تفسد) لان اصول الرطبة كالغراس (بخلاف رطبة لبقائها غاية) كسنة اشهر مثلا (حيث يجوز وتقع على اول جزة) اى قطع (يكون) اى يحصل ذلك الاول لا مابعده (دفع رطبة انتهى جزازها على ان يقوم عليها حتى يخرج بذرها ويكون) اى البذر (بينهما نصفين جاز بلا ذكر الوقت) استحسانا لان لادراك البذر وقتا معلوما عند المزارعين والبذر انما يحصل بعمل العامل فاشتراط المناصفة فيه يكون صحيحا (والرطبة لصاحبها) اذ لا اثر فيه لعمل العامل (ولو شرطا نصفها فسدت) لاشتراط الشركة فيما هو حاصل قبلها (ذكر مدة لا يخرج الثمر فيها) بان دفع الارض ليغرس فيها الكرم سنة او سنتين بعض الخارج فانه يعلم قطعا ان الكرم لا يخرج الثمر فيها (يفسدها) لان المقصود بالمساقاة الشركة فى الخارج وهذا الشرط يمنع المقصود فيكون مفسدا للعقد (و) ذكر (مدة قد يخرج) الثمر فيها (وقد لا) اى لا يخرج (لا) اى يفسدها لعدم العلم بفوات المقصود بل هو متوهم فى كل مزارعة ومساقاة بان يصطلم الزرع او الثمر آفة سماوية (فلو خرج) اى الثمر (فى وقت سمى فعلى الشرط) لصحة العقد (والا) اى وان لم يخرج فيه بلا تأخر عنه (فسد العقد) اذ تبين انهما سميا مدة لا يخرج الثمار فيها ولو علم ذلك ابتداء كان العقد فاسدا فكذا اذا تبين انتهاء واذا فسدت (فللعامل اجر المثل) كما فى المزارعة (تصح) اى المساقاة (فى الكرم والشجر والبقول واصول الباذنجان والنخل ولو) وصلية (فيه ثمر ان لم يدرك) حتى لو كان مدركا لم يصح العقد اذ لا يكون حينئذ لعمل العامل اثر (كالمزارعة) وعند الشافعى لا تجوز المساقاة الا فى النخيل والكروم (دفع ارضا سنين معلومة على ان يغرسها اشجارا وتكون هى) اى الاشجار (والارض بينهما نصفين فسدت) لاشتراطهما الشركة فيما كان حاصلا قبل الشركة لا بعمله وهو الارض (فان غرسها) اى العامل الارض (غراسا من عنده فأخرجت ثمرا كان الكل لصاحب الارض وللغارس عليه قيمة غراسه واجر مثل عمله) لان صاحب الارض استأجر العامل ليجعل ارضه بستانا بالآت نفسه على ان يكون اجره نصف البستان الذى

(يظهر)

كتاب المساقاة

(قوله هى لغة من السقى الخ) فهو معناه اللغوى هو الشرعى وتسمى المعاملة بلغة اهل المدينة (قوله وهى كالمزارعة) فى البطلان عند ابى حنيفة وبه اخذ زفر خلافا لهما وهو قول ابن ابى ليلى (قوله وشروطها كشروطها) كذا ان كنها تركنا وقال الزيلعى وشروطها عندهما شروط المزارعة فى جميع ماذكرنا الا فى اربعة اشياء لا يجبر اذا امتنع واذا انقضت المدة يترك بلا اجر ويعمل بلا اجر وفى المزارعة بأجر واذا استحق النخيل يرجع العامل بأجر مثله والمزارع بقيمة الزرع والرابع لا يشترط بيان المدة هنا استحسانا (قوله فلو خرج اى الثمر فى وقت سمى فعلى الشرط) اى هذا اذا كان الخارج يرغب فيه وان لم يرغب بمثله فى المعاملة لا يجوز كذا فى البزازية (قوله والا اى وان لم تخرج فيه بل تأخر عنه) فسد قال الزيلعى واذا لم تخرج شيأ اصلا فلا شئ لهما اه وقال فى البزازية وان لم تخرج شيأ فى تلك المدة ان اخرجت بعد تلك المدة فى السنة فسدت وان لم تخرج فى ذلك العام وبعده حدثت لها جازت المعاملة (قوله حتى لو كان مدركا لم يصح العقد) قال فى البزازية تناهى الزرع فدفع معه الارض مزارعة بالنصف ليحفظ لا يجوز وفى الاشجار اذا دفعها معاملة فى هذه الحالة ان كانت الثمرة بحال لو لم تحفظ تضيع الى وقت الادراك يجوز وان كان لا يحتاج فيه الى عمل سوى الحفظ والحفظ زيادة فى الثمار ان بحال لو لم تحفظ لا تذهب الثمرة الى وقت الادراك لا يجوز اه

يظهر بعمله والآلة له فيكون فى معنى قفيز الطحان المنهى عنه فيكون فاسدا ثم الغراس ملك للغارس وقد تعذر ردها عليه لاتصالها بالارض فتجب قيمتها واجر مثل عمله لانه لا يدخل فى قيمة الغراس لتقومها بنفسها (تبطل) اى المساقاة (بموت احدهما ومضى مدتها والثمر نى) بكسر النون هذا قيد لصورتى الموت ومضى المدة وانما بطلت لان صاحب الارض استأجر العامل ببعض الخارج ولو استأجره بدراهم بطلت الاجارة بموت احدهما فكذا اذا استأجره ببعض الخارج (فلو مات صاحب الارض فللعامل القيام عليه حتى يدرك الثمر وان) وصلية (كرهه ورثة صاحب الارض) لان فى انتقاض العقد بموته اضرارا بالعامل وابطالا لما كان مستحقا بالعقد وهو ترك الثمار فى الاشجار الى وقت الادراك واذا انتقض العقد تكلف الجزاز قبل الادراك وفيه ضرر عليه واذا جاز نقض الاجارة لدفع الضرر فلان يجوز ابقاؤها لدفعه كان اولى (وان مات العامل فلورثته القيام عليه وان كرهه صاحب الارض) لانهم قائمون مقامه وفيه نظر للجانبين (وان مال الى الخيار) فى القيام عليه او تركه (الى ورثة العامل) لقيامهم مقامه وقد كان له فى حياته هذا الخيار بعد موت صاحب الارض فكذا يكون لورثته بعد موته (وان لم يمت احدهما بل انقضى مدتها) اى مدة المساقاة (فالخيار للعامل) ان شاء عمل على ما كان يعمل حتى يبلغ الثمر ويكون بينهما على السواء لان فى الامر بالجزاز قبل الادراك اضرارا بهما والضرر مدفوع كما مر (ولا تفسخ الا بعذر) كما فى الاجارات (ومنه كون العامل عاجزا عن العمل) فانها لو لم تفسخ لزمه استئجار الاجراء فيلحق به ضرر لم يلتزمه بعقد المساقاة وقد مر ان الضرر مدفوع (او) كون العامل سارقا (يخاف على ثمره) اى ثمر الشجر (او سعفه) السعف بالتحريك جمع سعفة وهى غصن النخل كذا فى الصحاح

كتاب الدعوى

اوردها عقيب المعاملات لانها تترتب عليها فى الوجود (هى) لغة قول يقصد به الانسان ايجاب حق على غيره والفها للتأنيث فلا تنون وجمعها دعاوى بفتح الواو كفتوى وفتاوى وشرعا (مطالبة حق) من حقوق العباد (عند من) وهو القاضى (له الخلاص) اى تخليصه من المدعى عليه (اذا ثبت والمدعى من اذا ترك ترك) اى لا يجبر على الخصومة اذا تركها ولما كان هذا متناولا للاغلب من المتنازعين فعلا احترز عنه بقوله (من المتنازعين قولا) ولما كان هذا متناولا للمتنازعين فى المباحثة احترز عنه بقوله (فى الحق) اى حق العبد (والمدعى عليه بخلافه) اى يجبر على الخصومة اذا تركها فانطبق الحد على المحدود وقد اختلفت عبارات المشايخ فى حده والصحيح ما ذكرنا قيل المدعى عليه هو المنكر والآخر هو المدعى قالوا هذا حد صحيح ولكن الشأن فى معرفته لان العبرة للمعانى دون الصور والمبانى فان الكلام قد يوجد من الشخص فى صورة الدعوى وهو انكار معنى كالمودع اذا ادعى رد الوديعة او هلاكها فانه مدع صورة ومنكر وجوب الضمان معنى ولهذا يحلفه القاضى اذا ادعى رد الوديعة او هلاكها انه لا يلزمه رد ولا ضمان ولا يحلفه انه رده لان اليمين ابدا تكون على النفى (وركنها) اى الدعوى (اضافة الحق الى نفسه)

(قوله لان فى انتقاض العقد بموته اضرارا بالعامل) ظاهره بقاء العقد وقد ذكر انها تبطل بموت احدهما فليتأمل

كتاب الدعوى

(قوله هى لغة الخ) احد ما قيل فيها لان الزيلعى قال وهى فى اللغة عبارة عن اضافة الشئ الى نفسه مطلقا من غير منازعة او مسالمة ثم قال وقيل الدعوى فى اللغة قول يقصد به الانسان الى آخر ما قاله المصنف (قوله وجمعها دعاوى) بفتح الواو لا غير كفتوى وفتاوى كذا قال فى الكافى والتبيين وقال ابن الشحنة فى شرح المنظومة وتجمع على دعاوى بكسر الواو على الاصل وبفتحها محافظة على الف التأنيث وبه يشعر كلام ابن ولاد وبالاول يشعر كلام سيبويه اه واسم الفاعل مدع والمفعول مدعى عليه والمال مدعى والمدعى به خطأ والمصدر الادعاء (قوله عند من له الخلاص) اللام بمعنى على اى عليه الخلاص وهو القاضى ينبغى ان يقال كذا الحكم لانه يلزم الخصم بالحق ويخلصه (قوله قيل المدعى عليه هو المنكر والآخر المدعى) قاله محمد فى الاصل قاله الزيلعى وقال وهذا صحيح غير ان التمييز بينهما يحتاج الى فقه وحدس اذ العبرة للمعانى الى آخر ما قاله المصنف (قوله وركنها) اضافة الشئ الى نفسه كذا فى الكافى وقال فى البدائع اما ركن الدعوى فهو قول الرجل لى على فلان او قبل فلان كذا او قضيت حق فلان او ابرأنى من حقه ونحو ذلك فاذا قال ذلك فقد تم الركن

(قوله واهلها العاقل المميز) قال فى البدائع ويشترط اهلية المدعى عليه فلا تصح الدعوى على مجنون وصبي لا يعقل حتى لا يلزم الجواب ولا تسمع البينة (قوله وشرط جوازها بمجلس القاضى) المراد بالجواز اللزوم لتكون ملزمة للخصم الجواب فيخرج الحكم (قوله اقول دراية وجهه موقوفة على مقدمتين الخ) ليس دفعا ﴿ ٣٣٠ ﴾ لما يدعيه صدر الشريعة من الشمول وفيه ما يؤيد

ان كان اصيلا (او) الى (من ناب) اى المدعى (منابه) كما فى الوكيل وابى الصغير ووصيه (عند النزاع) متعلق باضافة الحق (واهلها) اى الدعوى (العاقل) خرج به المجنون (المميز) خرج به الصبي الغير المميز قال الاستروشنى فى جامع احكام الصغار الدعوى من الصبي المحجور عليه غير صحيحة اما الصبي المأذون له فدعواه صحيحة ان كان مدعيا وان كان مدعى عليه فجوابه ايضا صحيح (وشرط جوازها بمجلس القاضى) فان الدعوى فى مجلس غيره لا تصح حتى لا يجب على المدعى عليه جوابه (وحكمها وجوب الجواب على الخصم) وهو المدعى عليه حتى اذا امتنع منه اجبره القاضى عليه (وانما تصح) اى الدعوى (اذا الزمت شيأ على الخصم بعد ثبوتها) والا كان عبثا لا يقدم عليه عاقل (وعلم المدعى به) عطف على الزمت اى صار ما يدعيه معلوما وبين ذلك بقوله (فلو كان) ما يدعيه (منقولا فى يد الخصم ذكر) اى مدعيه (انه فى يده بغير حق) فان الشئ قد يكون فى يد غير المالك بحق كالرهن فى يد المرتهن والمبيع فى يد البائع لاجل قبض الثمن قال صدر الشريعة هذه العلة تشمل العقار ايضا فلا ادرى ما وجه تخصيص المنقول بهذا الحكم اقول دراية وجهه موقوفة على مقدمتين مسلمتين احداهما ان دعوى الاعيان لا تصح الا على ذى اليد كما قال فى الهداية انما ينتصب خصما اذا كان فى يده والثانية ان الشبهة معتبرة يجب دفعها لا شبهة الشبهة كما قالوا ان شبهة الربا ملحقة بالحقيقة لا شبهة الشبهة اذا عرفتهما فاعلم ان فى ثبوت اليد على العقار شبهة لكونه غير مشاهد بخلاف المنقول فانه فيه مشاهد فوجب دفعها فى دعوى العقار باثباته بالبينة لتصح الدعوى وبعد ثبوته يكون احتمال كون اليد لغير المالك شبهة الشبهة فلا تعتبر واما اليد فى المنقول فلكونه مشاهدا لا يحتاج الى اثباته لكن فيه شبهة كون اليد لغير المالك فوجب دفعها لتصح الدعوى الحمد لله الهادى الى سواء السبيل وحسبنا الله ونعم الوكيل (وطلب) عطف على ذكر (احضاره) اى احضار ما يدعيه (ان امكن ليشار اليه فى الدعوى والشهادة) لان الاعلام بأقصى ما يمكن شرط وذا فى المنقولات بالاشارة لانها ابلغ اسباب التعريف حتى قالوا فى المنقولات التى يتعذر نقلها كالرحى مثلا حضر الحاكم عندها او بعث امينا (و) ذكر (قيمته ان تعذر) اى احضاره ليصير المدعى معلوما لان الاعيان تتفاوت والشرط ان تكون الدعوى فى معلوم وقد تعذر مشاهدته فوجب ذكر قيمته لانها خلف عنه قال الفقيه ابو الليث يشترط مع ذكر القيمة ذكر الذكورة والانوثة وقال قاضيخان وصاحب الذخيرة ان كان

مدعى صدر الشريعة وهو ما ذكر من المقدمة الثانية من ان الشبهة معتبرة يجب دفعها اه ولا شك ان الشبهة كون يد المدعى عليه على ما فى يده من عقار او منقول بحق فتندفع بقول المدعى انها بغير حق ولا يختص المنقول بهذا اه واما ما رتبه المصنف على المقدمين بقوله فاعلم ان فى ثبوت اليد على العقار شبهة لكونه غير مشاهد الخ فغير محل النزاع لانه انما هو فى انه هل يجب فى دعوى العقار ذكر انه فى يده بغير حق كالمنقول او لا يجب لان العقار هل تثبت فيه اليد بالتصادق كالمنقول او لا وذكر البرجندى له وجها ثم قال هذا وقد نقل عن ظهير الدين المرغينانى انه لا بد فى دعوى العقار من معرفة القاضى كونه فى يد المدعى عليه فيذكر المدعى انه فى يده اليوم بغير حق كذا فى الاصول العمادية وعلى هذه الرواية لا يحتاج الى الفارق اه قلت وكذا قال فى القنية ادعى عليه وذكر ان هذا المحدود كان ملكا بعته من فلان وسلمته اليه وذلك المشترى باعها منى وسلمها الى فاليوم ملكى بهذا السبب وفى يدك بغير حق واقام البينة تصح هذه الدعوى والبينة اه فتصريحهم بأنه يجب فى المنقول ان يقول فى يده بغير حق لا ينفى الحكم عما عداه وقد وجد فى تصويرهم الدعوى فى العقار التصريح به (قوله وطلب احضاره ان امكن) اى فيكلف المدعى عليه باحضار العين (قوله وذكر قيمته ان تعذر) من التعذر ان يكون له حمل ومؤنة وهو ان لا يحمل الى مجلس القاضى الا بأجر وقيل ما لا يمكن (العين) رفعه بيد واحدة فهو ماله حمل ومؤنة وهذا اذا كانت العين قائمة فلو كانت هالكة فهو دعوى الدين فى الحقيقة كما فى جامع الفتاوى

العين غائبا وادعى انه فى يد المدعى عليه فانكر ان بين المدعى قيمته وصفته تسمع دعواه وتقبل بينته (ولو قال غصبت منى عين كذا ولا ادرى قيمته قالوا تسمع) قال فى الكافى وان لم يبين القيمة وقال غصبت منى عين كذا ولا ادرى اهو هالك اوقائم ولا ادرى كم كانت قيمته ذكر فى عامة الكتب انه تسمع دعواه لان الانسان ربما لا يعرف قيمة ماله فلو كلف بيان قيمته لتضرر به اقول فائدة صحة الدعوى مع هذه الجهالة الفاحشة توجه اليمين على الخصم اذا انكر والجبر على البيان اذا اقر ونكل عن اليمين فليتأمل فان كلام الكافى لا يكون كافيا الا بهذا التحقيق الحمد لله على التوفيق (ولو كان ما يدعيه عقارا ذكر حدوده) الاربعة لتعذر التعريف بالاشارة لانه مما لا ينقل فيصار الى التحديد لان العقار يعرف به (وكفى الثلاثة) وقال زفر لا لان التعريف لم يتم ولنا ان للاكثر حكم الكل (الا ان يغلط فى) الحد (الرابع) لان المدعى يختلف به بخلاف تركه (كذا الشهادة) اى كما يشترط التحديد فى الدعوى يشترط فى الشهادة وان ذكروا ثلاثة من الحدود فى الشهادة قبلت شهادتهم عندنا خلافا لزفر وان كان الرجل مشهورا يكتفى بذكره وفى الدار لا بد من التحديد وان كانت مشهورة عند ابى حنيفة وعندهما لا يشترط لان الشهرة مغنية عنه وله ان قدرها لا يصير معلوما الا بالتحديد (و) ذكر ايضا (انه يطالبه) لان المطالبة حق المدعى فلا بد من طلبه (و) ذكر ايضا (انه فى يد المدعى عليه) لانه انما يصير خصما بكونه فى يده (وهو) اى كونه فى يده (لا يثبت بتصادقهما) على انه فى يده (بل يثبت (بالبينة او علم القاضى) لاحتمال كونه العقار فى يد غيرهما وقد تواضعا على ذلك بخلاف المنقول لان اليد فيه مشاهد كما فى العمادية ادعى عينا فى يد رجل واراد احضاره فى مجلس الحاكم فانكر المدعى عليه ان يكون فى يده فجاء المدعى بشاهدين شهدا ان هذا العين كان فى يد المدعى عليه قبل هذا التاريخ بسنة هل تسمع وهل يجبر المدعى عليه على احضاره بهذه البينة نعم لا كانت واقعة الفتوى وينبغى ان تقبل لانه ثبت يده فى الزمان الماضى ولم يثبت خروجه من يده وقد وقع الشك فى زوال ذلك اليد فتثبت اليد ما لم يوجد المزيل قال شمس الائمة الحلوانى ومن المنقولات ما لم يمكن احضاره عند القاضى كالصبرة من الطعام والقطيع من الغنم والقاضى فيه بالخيار ان شاء حضر ذلك الموضع لو تيسر له ذلك وان لم يتيسر له الحضور وكان مأذونا بالاستخلاف بعث خليفته الى ذلك الموضع وهو نظير ما اذا كان القاضى يجلس فى داره ووقع الدعوى فى جمل ولا يسع باب داره فانه يخرج الى باب داره او يأمر نائبه حتى يخرج ليشير اليه الشهود بحضرته وفى القدورى اذا كان المدعى شيئا يتعذر نقله كالرحى فالحاكم فيه بالخيار ان شاء حضر وان بعث امينا كذا فى الذخيرة وذكر القاضى الامام ظهير الدين المرغينانى ان هذا انما يستقيم اذا كان العين المدعى فى المصر اما اذا كان خارج المصر كيف يقضى به القاضى والمصر شرط لجواز القضاء فى ظاهر الرواية فطريقه ان يبعث واحدا من اعوانه حتى يسمع الدعوى والبينة ويقضى ثم بعد ذلك يمضى قضاءه (ولو) كان ما يدعيه (دينا فى الذمة ذكر

(قوله اقول فائدة صحة الدعوى مع هذه الجهالة الفاحشة توجه اليمين على الخصم اذا انكر والجبر على البيان اذا اقر ونكل عن اليمين الخ) يقال فى تمشية ما توهم غير متذكر لما يكرر به الكلام غير كاف هدا وللقاضى زاده رحمه الله تعالى بحث فى هذا المحل (قوله ولو عقارا ذكر حدوده) يعنى وذكر اسماء اصحابها وانسابهم ولا بد من ذكر جد كل واحد منهم ان لم يكن مشهورا بين الناس عند ابى حنيفة فى الصحيح من مذهبه كما فى التبيين واشار المصنف اليه بقوله ولو كان الرجل مشهورا يريد به صاحب الحد اه وقال فى البدائع لا بد من بيان موضع المحدود وبلده ليصير معلوما فجعله من شرائط صحة الدعوى وقال فى الخلاصة ادعى محدودا فى موضع كذا وبين الحدود ولم يذكر ان المحدود ماهو ارض اوكرم اودار لا تصح الدعوى وفى فوائد شمس الائمة السرخسى رحمه الله تعالى تصح اذا بين المصر والمحلة والموضع والحدود وقيل ذكر المحلة والسوق والسكة ليس بلازم وذكر المصر او القرية لازم اه (قوله بل بالبينة او علم القاضى) هو الصحيح كما فى الكافى والسراج (قوله وقال شمس الائمة الحلوانى ومن المنقولات الخ) لعله انما ذكر هذا فى دعوى العقار وان كان من المنقول لانه لما لم يكن احضاره صار كالعقار فناسب ذكره بعده (قوله ولو كان ما يدعيه دينا الخ) ومع هذا لا بد من تعريفه بالوصف لان الدين يعرف به كما فى الكافى فليس ذكر القدر يغنى عن الوصف ولذا قال الزيلعى وان كان دينا ذكر وصفه ولا بد من بيانه على وجه لا يبقى فيه خفاء

جنسه) كالدراهم والدنانير والبر والشعير ونحوها(وقدره) كائة والف وقفيز وقفيزين ونحوها فان الدين لايعرف الابذلك (و)ذكر ايضا(مطالبته به) لما مر انه حقه (واذا صحت)اى الدعوى (سأل القاضى عنها) ليتضح وجه الحكم اذ الحكم بالبينة يخالف الحكم بالاقرار ومعنى سؤاله ان يقول ان خصمك ادعى عليك كذا وكذا فماذا تقول (فان اقر) اى الخصم(الزم) اى القاضى (بموجبه) لم يقل قضى اوحكم لما قال فى الكافى ان اطلاق لفظ القضاء توسع لان الاقرار حجة بنفسه ولا يتوقف على القضاء فكان الحكم من القاضى الزاما للخروج من موجب ما اقر به بخلاف البينة على دعواه لان الاصل فى فصل الخصومة البينة (وان انكر) اى الخصم(سأل)اى القاضى(المدعى بينة) لان النبى صلى الله عليه وسلم قال للمدعى الك بينة فقال لافقال لك يمينه سأل ورتب اليمين على عدم البينة فلابد من السؤال عنها ليتمكن من الاستحلاف (فان اقام)اى البينة (قضى عليه) لانه تقرر دعواه بالبينة فهى فيعلة من البيان فانها دلالة واضحة يظهر بها الحق على باطل(والا) اى وان لم يقمها بل عجز من اقامتها (حلفه) اى القاضى الخصم(بطلبه) اى طلب المدعى لان الحلف حقه ولهذا اضيف اليه بحرف اللام فى الحديث ووجه كونه حقا له ان المنكر قصد اتواء حقه على زعمه بالانكار فمكنه الشارع من اتواء نفسه باليمين الكاذبة وهى الغموس ان كان كاذبا كما زعم وهو اعظم من اتواء المال ويحصل للحالف الثواب بذكر اسم الله تعالى وهو صادق على وجه التعظيم ولابد ان يكون النكول فى مجلس القضاء لان المعتبر يمين قاطعة للخصومة ولاعبرة لليمين عند غيره وهل يشترط القضاء على فور النكول فيه اختلاف ثم اذا حلف المدعى عليه فالمدعى على دعواه ولا يبطل حقه بيمينه لكن ليس له ان يخاصم مالم يقم البينة على وفق دعواه فان وجدها اقامها وقضى له بها وبعض القضاة من السلف كانوا لايسمعونها بعد اليمين ويقولون يترجح جانب صدقه باليمين فلا تقبل بينة المدعى وهذا القول ليس بشئ لان عمر رضى الله تعالى عنه قبل البينة من المدعى بعد يمين المنكر وكان شريح رحمه الله يقول اليمين الفاجرة احق ان ترد من البينة العادلة وهل يظهر كذب المنكر باقامة البينة والصواب انه لايظهر حتى لايعاقب عقوبة شاهد الزور ذكره الزيلعى (فان نكل) اى قال لااحلف (مرة اوسكت بلاآفة) من طرش اوخرس فانه نكول حكما (وقضى صح) لان اليمين واجبة عليه لقوله الصلاة والسلام واليمين على من انكر ترك هذا الواجب بالنكول دليل على انه باذل اومقر والا لاقدم على اليمين تفصيا عن عهدة الواجب ودفعا للضرر وعنه يبذل المدعى اولاقراربه والشرع الزمه التورع من اليمين الكاذبة دون الترفع عن اليمين الصادقة فترجح هذا الجانب على جانب التورع فى نكوله (وهو)اى القضاء (بعد عرض اليمين اى عرض القاضى اليمين على الخصم بأن يقول ان لم تحلف احكم عليك(ثلاثا احوط)لاحتمال ان يحلف بعد مرة اومرتين(ولاعبرة بعد القضاء لقوله احلف) لانه ابطل حقه بالنكول فلا ينقض به القضاء (ويعتبر) اى قوله احلف (قبل

(قوله وان انكر) قال فى الاشباه لايجوز للمدعى عليه الانكار اذا كان عالما بالحق الافى دعوى العيب فان للبائع انكاره ليقيم المشترى البينة عليه فيتمكن من الرد على بائعه وفى الوصى اذا علم بالدين ذكرهما فى بيوع النوازل اه(قوله فهى من بيان) وقيل فيعلة من البين اذبها يقع انفصل بين الصادق والكاذب(قوله ولابد ان يكون النكول فى مجلس القاضى الى قوله ذكره الزيلعى)كان ينبغى ذكره بعد قوله الآتى فان نكل كما ذكره كذلك الزيلعى (قوله وهذا القول ليس بشئ) اى فهو مهجور غير مأخوذ به كما فى التبيين(قوله فان نكل) اى قال لااحلف نكول حقيقة وقوله اوسكت بلاآفة نكول حكما وحكمه حكم الاول فى الصحيح كما فى الكافى(قوله وهو بعد عرض اليمين ثلاثا احوط)اى ندبا وعن ابى يوسف ومحمد ان التكرار حتم حتى لوقضى القاضى بالنكول مرة لاينفذ والصحيح انه ينفذ وهو نظير امهال المرتد كما فى التبيين وقال فى الكافى ينبغى للقاضى ان يقول انى اعرض عليك اليمين ثلاث مرات فان حلفت والا قضيت عليك بما ادعى وهذا الانذار لاعلامه بالحكم اذ هو مجتهد فيه فكان مظنة الخفاء اه

الحكم ولو بعد العرض ثلاثا) اذ لا يلزم فيه نقض القضاء ولا فساد آخر (ولا ترد اليمين على المدعي وان نكل خصمه) وعند الشافعي اذا لم يكن للمدعي بينة اصلا وحلف القاضي المدعى عليه فنكل ترد اليمين على المدعي فان حلف قضى به والا انقطعت المنازعة بينهما لان الظاهر صار شاهدا للمدعي بنكوله فيعتبر يمينه كالمدعى عليه وكذا اذا اقام المدعي شاهدا واحدا وعجز عن اقامة شاهد آخر فانه ترد اليمين عليه فان حلف قضى له بما ادعى وان نكل لا يقضى له بشيء لانه صلى الله عليه وسلم قضى بشاهد ويمين وعندنا يستحلف المدعى عليه فقط ويقضى عليه بالنكول لقوله صلى الله عليه وسلم البينة على المدعي واليمين على من انكر ومطلق التقسيم يقتضي انتفاء مشاركة كل واحد منهما من قسم صاحبه فيدل على ان جنس الايمان في جانب المدعى عليه ولا يمين في جانب المدعي اذ اللام في اليمين للاستغراق في جنس الايمان حجة للمدعي فقد خالف النص وحديث الشاهد واليمين غريب ومارويناه مشهور تلقته الامة بالقبول حتى صار في حيز التواتر فلا يعارضه على ان يحيى بن معين قد رده كذا في الكافي (ولو قال) اي المدعى عليه (لا اقر ولا انكر حبسه) اي القاضي (حتى يقر او ينكر) لانه ظالم بجزائه الحبس (ادعى) اي رجل على آخر (مالا فانكر) اي المدعى عليه (فاصطلحا على ان يحلف المدعى عليه ويبرأ من المال فحلف فالصلح باطل وهو) اي المدعي (على دعواه ان اقام بينة تسمع وان لم يقمها واستحلفه يحلفه القاضي اولا) اي لو لم يكن الحلف (الاول) حين الصلح (عنده) فان التحليف عند غير القاضي لا يعتبر كما ان النكول عند غيره لا يوجب الحق لان المعتبر يمين قاطعة للخصومة واليمين عند غير القاضي غير قاطعة (ولو) كان الحلف الاول (عنده كفى) ولا يحلفه ثانيا (كذا لو اصطلحا على ان المدعي او حلف فالخصم ضامن وحلف) اي المدعي (لم يضمن) اي الخصم كذا في العمادية (لا تحليف في نكاح) بان ادعى رجل على امرأة او هي عليه نكاحا والآخر منكر (ورجعة) بان ادعت هي عليه او هو عليها بعد العدة انه راجعها في العدة وانكر الآخر (وفيء ايلاء) بان ادعى المولى عليها او هي عليه بعد المدة انه فاء في المدة وانكر الآخر (واستيلاد) بان ادعت امة على سيدها انها ولدت منه هذا الولد او ولدت ولدا فمات او اسقطت سقطا مستبين الخلق منه وانكر المولى ولا يتأتى من الجانب الآخر اذ لو ادعى المولى يثبت الاستيلاد باقراره ولا يعتبر انكارها (ورق) بان ادعى على مجهول النسب انه عبده او ادعى المجهول انه عبده وانكر الآخر (ونسب) بان ادعى على مجهول النسب انه ابنه او هو يدعي عليه والآخر منكر (وولاء) بان ادعى على معروف الرق انه معتقه او مولاه او ادعى المعروف ذلك عليه او كان ذلك في ولاء الموالاة والآخر منكر (وحد) سواء كان حدا هو خالص حق الله تعالى كحد الزنا وشرب الخمر وحد السرقة او دائرا بين الحقين كحد القذف حتى ان من ادعى على آخر انه قذفه وانكر القاذف لا يستحلف لان الغالب فيه حق الله تعالى عندنا فالتحق بالحدود الخالصة لله تعالى واما في السرقة فان السارق يستحلف لاجل المال اذا

(قوله فان حلف قضى به والا انقطعت المنازعة بينهما) يعني من حيث عدم التحليف ثانيا لا من حيث اقامة البينة لقبولها بعد التحليف (قوله ولو قال لا اقر ولا انكر حبسه) يشير الى انه انكار وهو الاشبه لان قوله لا اقر ولا انكر اخبار عن السكوت عن الجواب والسكوت انكار على ما مر وقال بعضهم هذا اقرار كافي البدائع

اراد المالك اخذ المال لا القطع فيقال له دع ذكر السرقة وادع تناول مالك فيكون لك عليه يمين قاله فى النهاية لا يستحلف فى الحدود بالاجماع الا اذا تضمن حقا بأن علق عتق عبده بالزنا او قال ان زنيت فانت حر فادعى العبد انه زنى ولا بينة له عليه يستحلف المولى حتى اذا نكل ثبت العتق لا الزنا (ولعان) بان تدعى المرأة القذف بالزنا ووجوب اللعان وهو ينكر جميع ما ذكر قول ابى حنيفة وقالا يستحلف فيها كلها الا فى الحدود واللعان لان هذه حقوق تثبت بالشبهات فيجرى فيها الاستحلاف كالاموال بخلاف الحدود وهذا لان فائدة الحلف ظهور الحق بالنكول والنكول اقرار لان الحالف الواجب تركه دليل على انه باذل او مقر ولا يمكن ان يجعل باذلا لان النكول يعتبر من المأذون والمكاتب وهما لا يملكان البذل فيجعل مقرا ضرورة والاقرار يجرى فى هذه الاشياء لكنه اقرار فيه شبهة لانه سكوت فى نفسه والسكوت محتمل فلا يكون حجة فيما يسقط بالشبهات واللعان حد الازواج فاشبه حد القذف ولنا ان النكول بذل واباحة اذ لو جعل على الاقرار لكذبناه فى الانكار ولو جعل بذلا لانقطع الخصومة بلا تكذيب فكان هذا اولى صيانة للمسلم من ان يظن به الكذب وهذه حقوق لا يجرى فيها البذل فلا يقضى فيها بالنكول كالقصاص فى النفس بخلاف الاموال وذلك لان المرأة لو قالت مثلا لا نكاح بينى وبينك ولكنى زلت نفسى لك لم يصح كلامها وكذا سائر الامثلة فالحاصل ان كل محل يقبل الاباحة بالاذن ابتداء يقضى عليه بنكوله والا فلا قال قاضيخان الفتوى على قولهما وقيل ينبغى للقاضى ان ينظر فى حال المدعى عليه فان رآه متعنتا يحلفه ويأخذ بقولهما وان كان مظلوما لا يحلفه اخذا بقوله كذا فى الكافى (ويحلف السارق وان نكل ضمن ولم يقطع) لانه فى السرقة يدعى المال والحد وايجاب الحد لا يجامع الشبهة بخلاف ايجاب المال فيثبت به كما يثبت بشهادة رجل وامرأتين بحيث لا يثبت القطع ويضمن المال (كذا الزوج اذا ادعت طلاقا قبل الدخول) يعنى اذا ادعت طلاقا قبل الدخول واستحلف الزوج (فان نكل ضمن نصف مهرها) عندهم لان الاستحلاف يجرى فى الطلاق اتفاقا خصوصا اذا كان المقصود المال (وكذا النكاح اذا ادعت هى الصداق) لانه دعوى المال حقيقة فيثبت بنكوله المال لا النكاح (و) كذا (النسب اذا ادعى حقا) يعنى يحلف فى دعوى النسب اذا ادعى حقا (كارث ونفقة) بان ادعى رجل انه اخوه مات ابوهما وترك مالا فى يد المدعى عليه او طلب من القاضى فرض النفقة على المدعى عليه بسبب الاخوة فانه يستحلف على النسب بالاجماع فان حلف برئ وان نكل قضى بالمال والنفقة لا النسب (وحجر فى اللقيط) بان كان صبى فى يد رجل التقطه وهو لا يعبر عن نفسه فادعت امرأة حرة الاصل انه اخوها تريد قصر يد الملتقط لما لها من حق الحضانة وارادت استحلافه فنكل يثبت به لها حق نقل الصبى الى حجرها ولا يثبت النسب (وعتق بالملك) بان ادعى عبد على مولاه انه معتق لانه اخوه واستحلفه فان حلف برئ وان نكل قضى بالعتق لا النسب (وامتناع الرجوع فى الهبة)

(قوله قال فى النهاية لا يستحلف فى الحدود بالاجماع الا اذا تضمن حقا بأن علق عتق عبده بالزنا الخ) يرد عليه ما فى البدائع من قوله واما فى دعوى القذف اذا حلف على ظاهر الرواية فنكل يقضى بالحد فى ظاهر الاقاويل لانه بمنزلة القصاص فى الطرف عند ابى حنيفة وعندهما بمنزلة النفس وقال بعضهم وهو بمنزلة سائر الحدود لا يقضى فيه بشئ ولا يحلف لانه حد وقيل يحلف ويقضى فيه بالتعزير دون الحد كما فى السرقة يحلف ويقضى بالمال دون القطع اه فليتأمل (قوله ولنا) اى القائلين بقول الامام (قوله قال قاضيخان الى كذا فى الكافى) نصه قال القاضى فخر الدين فى الجامع الصغير والفتوى على قولهما اه والاختلاف فى التحليف فى الاشياء المذكورة اذا لم يقصد بها المال ولو قصد يحلف فيها بالاجماع كما فى المواهب واذ ادعى القتل خطأ حلف على السبب عند ابى يوسف بالله ما قتلت الا اذا عرض وعند محمد على الحكم بالله ليس عليك الدية ولا على عاقلتك وانما يحلف على هذا الوجه لاختلاف المشايخ فى الدية فى فصل الخطأ انها تجب على العاقلة ابتداء وتجب على القاتل ثم تتحمل عنه العاقلة فان حلف برئ وان نكل يقضى عليه بالدية فى ماله كما فى البدائع

بان اراد الواهب الرجوع فى الهبة فقال الموهوب له انا اخوك فان المدعى عليه يستحلف على مايدعى من النسب بالاجماع (فان نكل) فى الصور المذكورة (ثبت الحق) يعنى الارث والنفقة والحجر والعتق وامتناع الرجوع (لا النسب ان كان) اى النسب (نسبا لا يصح الاقرار به والا) اى وان كان نسبا يصح الاقرار به (فعلى الخلاف) يعنى يستحلف فى النسب المجرد عندهما اذا كان نسبا يثبت باقراره بيانه ان اقرار الرجل يصح بالاب والابن والزوجة والمولى واقرار المرأة يصح بالاب والزوج والمولى ولا يصح بالابن اذ فيه تحميل النسب على الغير فكان اقرارا على الغير فلا يصح فلو ادعى رجل انه ابوه او ابنه ولم يدع مالا يستحلف عندهما لانه لو اقر به يثبت فيستحلف لرجاء النكول الذى هو اقرار وان ادعى انه اخوه او عمه او نحو ذلك لا يستحلف المدعى عليه لانه لو اقر به لا يثبت لان فيه تحميل النسب على الغير (يحلف منكر القود) يعنى ادعى على غيره قصاصا فى النفس اوفى مادونها فأنكر استحلف اجماعا (فان نكل فى النفس) لم يقض بقتل ولا دية بل (حبس حتى يقر أو يحلف وفيما دونها يقتص) عند ابى حنيفة وعندهما تلزمه الدية فيهما ولا يقضى بالقصاص لان القصاص فيما دون النفس عقوبة تندرئ بالشبهات ولا يثبت بالنكول كالقصاص فى النفس لان النكول وان كان اقرارا عندهما ففيه شبهة العدم لانه ان امتنع من اليمين تورعا عن اليمين الصادقة لا يكون اقرارا بل يكون بذلا واذا امتنع القود تجب الدية وله ان الطرف محل البذل فيستوفى بالنكول كالمال فان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال لانها خلقت وقاية للنفس كالمال فيجرى فيها البذل بخلاف الانفس (ويحلف فى التعزير) يعنى اذا ادعى على آخر مايوجب التعزير واراد تحليفه اذا انكر فالقاضى يحلفه لان التعزير محض حق العبد ولهذا يملك العبد اسقاطه بالعفو ولا يمنع الصغر وجوبه ومن عليه التعزير اذا امكن صاحب الحق منه اقامه ولو كان حق الله تعالى لكانت هذه الاحكام على عكس هذا والاستحلاف يجرى فى حقوق العباد سواء كانت عقوبة اومالا (فان نكل عزر) لان التعزير يثبت بالشبهات فجاز ان يقضى فيه بالنكول (قال) اى المدعى (لى بينة حاضرة فى المصر واستحلف الخصم لا يحلف) قيد بالمصر لانها اذا حضرت فى مجلس الحكم لا يحلف اتفاقا كذا فى النهاية (ويكفل بنفسه ثلاثة ايام) لئلا يغيب ويبطل حق المدعى ويجب ان يكون الكفيل معروف الدار لتحصل فائدة التكفيل فلابد للتكفيل من قوله لى بينة حاضرة فى المصر حتى لو قال لا بينة لى او شهودى غيب لا يكفل اذ لا فائدة فيه (فان ابى) ان يعطيه كفيلا (لازمه) اى دار معه حيث سار حتى لا يغيب (و) لازم (الغريب) ان كان الخصم غريبا (ولا يكفل) اى الغريب (الا الى آخر المجلس) لان فى اخذ الكفيل والملازمة زيادة على قدر المجلس اضرارا بالغريب لمنعه عن السفر ولا ضرر فى هذا القدر ظاهرا (والحلف بالله تعالى) دون غيره لقوله صلى الله عليه وسلم لا تحلفوا بآبائكم ولا بالطواغيت فمن كان منكم

(قوله قال اى المدعى لى بينة حاضرة فى المصر) اى لا فى المجلس واستحلف الخصم لا يحلف اى عند ابى حنيفة وقال ابو يوسف يحلفه وقول محمد مضطرب فكانت المسئلة مجتهدا فيها فيجتهد القاضى فان رأى الميل الى قول ابى حنيفة لا يحلفه وان رأى الميل الى قول ابى يوسف يحلفه اه كما فى الفتاوى الصغرى عن ادب القاضى للخصاف (قوله قيد بالمصر الخ) يشير الى انه يحلف لو كانت خارج المصر وهو بالاجماع كما فى التبيين (قوله ويجب ان يكون الكفيل معروف الدار) المراد به ان يكون ثقة معروفا بين الناس لا يتوهم خفاؤه حتى تحصل به فائدة التكفيل استحسانا والقياس ان لا يلزم الكفيل كما فى التبيين (قوله ولازم الغريب) وله ان يطلب وكيلا بخصومته حتى لو غاب الاصيل يقيم البينة على الوكيل فيقضى عليه وان اعطاه وكيلا له ان يطالب بالكفيل بنفس الوكيل وان اعطاه كفيلا بنفس الوكيل فله ان يطالب بالكفيل بنفس الاصيل ان كان المدعى دينا ولو اخذ كفيلا بالمال فله ان يطالب كفيلا بنفس الاصيل وان كان المدعى منقولا فله ان يطالبه مع ذلك كفيلا بالعين ليحضرها وان كان المدعى عقارا لا يحتاج الى ذلك لانه لا يقبل التغييب كما فى الكافى والتبيين (قوله والحلف بالله تعالى) اى للناطق واما الاخرس فقال فى الفتاوى الصغرى والخانية كيفية تحليف الاخرس ان يقال له عليك عهد الله وميثاقه ان كان كذا فيشير بنعم ولم يحلف بالله تعالى انه كان كذا لانه اذا قال نعم يكون اقرارا لا يمينا اه واشار المصنف الى انه لو طلب الغريم تحليف الشاهد او المدعى انه لا يعلم ان الشاهد كاذب لا يجيبه القاضى لانا امرنا باكرام الشهود والمدعى لا يجب عليه اليمين لاسيما اذا اقام بينة كما فى التبيين

(قوله لا الطلاق والعتاق الا اذا الح الخصم) كذا فى الكنز وقال صاحبه فى الكافى ولا يحلف بالطلاق والعتاق لما روينا وقيل فى زماننا اذا الح الخصم ساغ للقاضى ان يحلف بالطلاق اه ورأيت من النهاية ذكر الامام قاضيخان فى فتاواه ان اراد المدعى تحليفه بالطلاق والعتاق فى ظاهر الرواية لا يجيبه القاضى الى ذلك لان التحليف بالطلاق او العتاق ونحو ذلك حرام وبعضهم جوز ذلك فى زماننا والصحيح ظاهر الرواية اه وفى الفتاوى الصغرى التحليف بالطلاق والعتاق والايمان المغلظة لم يجز عند اكثر مشايخنا واجازه البعض وبه افتى الامام ابو على ابن الفضل بسمرقند فيفتى انه لا يجوز وان مست الضرورة يجوز فاذا بالغ المستفتى فى الفتوى يفتى ان الرأى للقاضى اتباعا لهؤلاء السلف ولو حلف بالطلاق ثم اقيمت البينة على المال هل يفرق بينهما مذكورة آخر الباب الثانى من شهادات الجامع وهى فى الواقعات اه وفى فصول العمادى الفتوى فى مسئلة الدين انه اذا ادعى من غير السبب فحلف ثم اقام البينة يظهر كذبه وان ادعى الدين بناء على السبب ثم حلف انه لا دين عليه ثم اقام البينة على السبب لا يظهر كذبه بالبينة وتمامه فيه فليراجع (قوله لكنه يحتاط فلا يذكر بلفظ الواو) قال الزيلعى فلو امره بالعطف فأتى بواحدة ونكل من الباقى لا يقضى عليه بالنكول لان المستحق عليه يمين واحدة وقد أتى بها اه (قوله واما الاول فبأن يكون بعد صلاة العصر) لم يقصره الامام الشافعى على هذا كما يعلم من الكافى والزيلعى وغيرهما (قوله وحلف اليهودى بالله الذى انزل التوراة على موسى) عليه السلام قال فى البدائع ولا يحلف على الاشارة الى مصحف معين بأن يقول بالله الذى انزل هذا التوراة هذا او الانجيل لانه ثبت تحريف بعضها فلا يؤمن ان تقع الاشارة الى الحرف المحرف فيكون التحليف به تعظيما لما ليس كلام الله (قوله فان اليمين تكون على الحاصل لا على السبب عند ابى حنيفة (عند) ومحمد الخ) كذا فى الكافى مع ذكر بقية امثلة المسائل ثم قال وعند ابى يوسف رحمه الله تعالى يحلف فى الجميع على السبب الا اذا عرض بما ذكرنا بان يقول ايها القاضى قد يبيع الانسان شيأ ثم يقيله فحينئذ يحلفه على الحاصل وعنه انه ينظر القاضى الى انكار المدعى عليه ان انكر السبب كالبيع ونحوه يحلف على السبب وان انكر الحكم يحلف على الحاصل عليه اكثر القضاة قال فخر الاسلام يفوض الى رأى القاضى اه وقال الزيلعى رحمه الله تعالى وهذا الخلاف فيما اذا كان السبب يرتفع برافع كما يذكره المصنف فكان عليه ان يذكر قول ابى يوسف

حالفا فليحلف بالله اوليذر (لا الطلاق والعتاق) لما روينا (الا اذا الح الخصم) يعنى جاز للقاضى ان يحلفه بالطلاق او العتاق لقلة المبالاة باليمين بالله تعالى فى زماننا (لكن اذا نكل لا يقضى واذا قضى لم ينفذ) ذكره الزيلعى وشراح الهداية (وتغلظ) اى اليمين (بصفاته تعالى) كأن يقول القاضى قل والله الذى لا اله الا هو عالم الغيب والشهادة هو الرحمن الرحيم الذى يعلم من السر ما يعلم من العلانية ما لفلان هذا عليك ولا قبلك هذا المال الذى ادعاه وهو كذا وكذا ولا شئ منه وللمحلف ان يزيد فى التغليظ على هذا وان ينقص منه لكنه يحتاط فلا يذكر بلفظ الواو لئلا يتكرر عليه اليمين اذ اللازم عليه يمين واحدة وله ان لا يغلظ ويقول بالله او والله لان المقصود منه النكول واحوال الناس فيه مختلفة فمنهم من يمتنع اذا غلظ عليه اليمين ويتجاسر اذا لم يغلظ فكان الرأى فيه الى القاضى وقيل لا يغلظ على المعروف بالصلاح ويغلظ على غيره وقيل يغلظ فى الخطير من المال لا الحقير (لا) اى لا يغلظ (بالزمان والمكان) وعند الشافعى يغلظ بهما اما الاول فبان يكون بعد صلاة العصر يوم الجمعة واما الثانى فبان يكون فى المسجد الجامع عند المنبر (وحلف اليهودى بالله الذى انزل التوراة على موسى والنصرانى بالله الذى انزل الانجيل على عيسى والمجوسى بالله الذى خلق النار) فيغلظ على كل واحد بما يعتقد تعظيمه ليكون رادعا له من الاقدام على اليمين الكاذبة وعن ابى حنيفة انه لا يحلف احد الا بالله خالصا تفاديا عن تشريك الغير معه فى التعظيم وذكر الخصاف انه لا يحلف غير اليهودى والنصرانى الا بالله وهو اختيار بعض مشايخنا لان فى ذكر النار فى اليمين من تعظيم النار لان اليمين تشرف به ولا ينبغى ان يعظم النار بخلاف التوراة والانجيل لان كتب الله تعالى واجبة التعظيم (و) لا يحلف (الوثنى) الا (بالله) اذ الكفرة كلهم مع اختلاف نحلهم يقرون بالله تعالى قال الله تعالى ولئن سألتهم من خلق السموات والارض ليقولن الله كذا فى الكافى (ولا يحلفون فى معابدهم) لان فيه تعظيمها (ويحلف على الحاصل فى سبب يرتفع كالبيع والنكاح والطلاق والغصب والتعزير) وبين التحليف بقوله (بالله ما بينكما بيع قائم او نكاح قائم الآن او ما هى بائن منك الآن او ما يجب عليك رده الآن او ما يجب عليك حق التعزير الآن لا) اى لا يحلف (على السبب) وبينه بقوله (ما بعته ونحوه) اى ما نكحتها وما طلقتها وما غصبته وما شتمته الاصل ان الدعوى اذا وقعت فى سبب يرتفع بعد وقوعه كالبيع ونظائره فان اليمين يكون على الحاصل لا على السبب

عند ابى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى حتى اذا ادعى انه ابتاع من هذا عبدا بألف فجحد حلف بالله ما بينكما بيع قائم ولا يحلف بالله ما بعت فلعله باع ثم اقال كذا النكاح وغيره ثم التحليف على الحاصل لا على السبب هو الاصل عندهما اذا كان سببا يرتفع برافع (الا اذا كان فيه) اى فى الحلف على الحاصل (ترك النظر للمدعى فيحلف على السبب) اجماعا (كدعوى شفعة بالجوار ونفقة مبتوتة) فانه اذا ادعى شفعة بالجوار والمشترى ممن لا يراها بان كان شافعيا فانه يحلف على السبب اذلو حلف على الحاصل بالله ماهو مستحق للشفعة يصدق فى يمينه فى اعتقاده فيفوت النظر فى حق المدعى وكذا اذا ادعت مبتوتة نفقة والزوج ممن لا يراها لكونه شافعيا فانه يحلف على السبب اذ او حلف على الحاصل بالله مالها عليك النفقة يصدق فى يمينه فى اعتقاده فيفوت النظر فى حق المدعى (او يحلف على سبب لا يرتفع) برافع بعد ثبوته لا على الحاصل اجماعا (كعبد مسلم يدعى عتقه) فانه اذا ادعى عتقه على مولاه وجحد المولى يحلف على السبب بالله ما اعتقه لعدم الضرورة الى التحليف على الحاصل اذ لا يجوز ان يعود الرق بعد العتق مسلما (بخلاف الامة والعبد الكافر) حيث يحلف فيهما على الحاصل اى ماهى حرة اوما هو حر فى الحال لامكان تكرر الرق على الامة بالردة واللحاق والسبى وعلى العبد الكافر بنقض العهد واللحاق ولا يتكرر على العبد المسلم (استحلف خصمه فقال حلفتنى مرة فاقام البينة تقبل) يعنى ادعى على آخر مالا فانكر واراد المدعى تحليفه فقال المدعى عليه انك حلفتنى على هذه الدعوى عند قاضى بلد كذا فانكر المدعى ذلك فاقام المدعى عليه بينة على ذلك تقبل (ولولاها) اى ان لم يكن له بينة (واستحلفه) اى اراد تحليف المدعى (جاز) اى تحليفه (قال) اى المدعى (لا بينة لى ثم برهن اولا شهادة لى ثم شهد) معنى الاول ان يقول المدعى ليس لى بينة على دعوى هذا الحق ثم جاء بالبينة ومعنى الثانى ان يقول الشاهد لا شهادة لفلان عندى فى حق بعينه ثم شهد به (فيه روايتان) فى رواية لا تقبل لظاهر التناقض وفى رواية تقبل (والاصح القبول) لجواز ان يكون له بينة او شهادة فنسيها ثم ذكرها او كان لا يعلمها ثم علمها (قيل تقبل ان وفق وفاقا) ذكره فى الملتقط (كذا اذا قال لا دفع لى ثم اتى بدفع) اى فيه روايتان وقيل لا يصح دفعه اتفاقا لان معناه ليس لى دعوى الدفع ومن قال لا دعوى لى قبل فلان ثم ادعى عليه لا تسمع كذا ههنا وبعضهم قال يصح وهو الاصح لان الدفع يحصل بالبينة على الدفع لا بدعوى الدفع فيكون قوله لا دفع لى بمنزلة قوله لا بينة لى كذا فى العمادية (النيابة تجرى فى الاستحلاف) يعنى يجوز ان يكون الشخص نائبا عن آخر له حق على غيره فى طلب اليمين من المدعى عليه اذا عجز عن اقامة البينة (لا الحلف) يعنى لا يجوز ان يكون شخص نائبا عن شخص آخر توجه عليه اليمين ليحلف من قبله وفرع على الاول بقوله (فالوكيل والوصى والمتولى وابو الصغير يستحلف) اى يطلب الحلف من الخصم (ولا يحلف) اى واحد من الوكيل وغيره (الا اذا صح اقراره) اى اقرار واحد منهم (على الاصيل كالوكيل بالبيع او الخصومة فى الرد بالعيب) فان الوصى اذا

(قوله الا اذا كان فيه اى فى الحلف الخ) ينبه القاضى فينظر مذهب الخصم ويحتاط ولو كان الخصم حنفيا لئلا يكون قد رأى مذهب الشافعى فيحلف معتقدا له صادقا نسأل الله ان يبصرنا بعيوب انفسنا ويمن بالمغفرة والعفو والعافية (قوله استحلف خصمه الخ) قول المدعى عليه انك حلفتنى عند قاضى بلد كذا ليس قيدا الا انه لو كان محكما وحلف الخصم ليس للمدعى تحليفه عند القاضى لانه استوفى حقه بالتمام كما فى الفتاوى الصغرى (قوله ولا يحلف اى واحد من الوكيل وغيره الا اذا صح اقراره) هذا ضابط للتحليف كما قال فى الفتاوى الصغرى كل من لو اقر بشئ لا يجوز اقراره لا يحلف اذا انكر لكن ادعى على ميت مالا وقدم الوصى الى القاضى ولا بينة للمدعى فاراد يمين الوصى ان كان الوصى وارثا حلفه لان اقراره جائز فى حصة نفسه وان لم يكن وارثا لا يحلفه اه ومثله فى الخانية

خوصم في عيب بعين باعه للصغير لا يستحلف والوكيل بالبيع اوالخصومة في الرد بالعيب من جهة المالك يستحلف لان اليمين لرجاء النكول ولو اقر الوصي صريحا لا يصح فلذا لا يستحلف فاما الوكيل فاقراره صحيح على الموكل فكذا نكوله (التحليف على فعل نفسه) يكون (على البتات) اى انه ليس كذلك والبتات القطع (و) التحليف (على فعل غيره) يكون (على العلم) اى انه لا يعلم انه كذلك وجه الاول ظاهر واما وجه الثاني فلانه لا يعلم ما فعل غيره ظاهرا فلو حلف على البتات لامتنع من اليمين مع كونه صادقا فيها فيتضرر به فطولب بالعلم فاذا لم يقبل مع الامكان صار باذلا اومقرا هذا اصل مقرر عند ائمتنا وكان الامام فخر الاسلام يزيد عليه حرفا وهو ان التحليف على فعل غيره على العلم (الا اذا كان) اى فعل الغير (شيأ يتصل به) اى بالحالف وفرع عليه بقوله (فاذا ادعى سرقة العبد اواباقه يحلف) اى البائع (على البتات) مع انه فعل الغير يعني ان مشتري العبد اذا ادعى انه سارق اوآبق واثبت اباقه اوسرقته في يد نفسه وادعى انه آبق اوسرق في يد البائع واراد التحليف يحلف البائع بالله ما ابق بالله ما سرق في يدك وهذا تحليف على فعل الغير وانما صح (لان تسليمه) اى تسليم البائع المبيع (سليما) من العيوب (واجب عليه) اى البائع فالتحليف يرجع الى ما ضمن البائع بنفسه فيكون على البتات (فاذا ادعى سبق الشراء) تفريع على قوله وعلى فعل غيره على العلم يعني اذا اشترى زيد من عمرو شيأ ثم ادعى بكر انه اشتراه قبله وعجز عن البينة (يحلف خصمه) وهو زيد (على العلم) اى اشتراه انه لا يعلم انه قبله لما مر (كذا اذا ادعى دينا اوعينا على وارث) اما الاول فبان يقول رجل لآخر ان لي على مورثك الف درهم فمات وعليه الدين واما الثاني فبان يقول ان هذا العبد الذي ورثت من فلان ملكي وبيدك بغير حق ولا بينة لواحد منهما فان الوارث (يحلف على العلم لا البتات) لما ذكر (اذا علم القاضي كونه ميراثا اواقر به المدعي اوبرهن الخصم عليه) كذا في العمادية (واو ادعاهما) اى الدين اوالعين (الوارث) على غيره (يحلف) اى المدعى عليه (على البتات) لا العلم لما ذكر (كالموهوب له والمشتري) اى لو وهب رجل لرجل عبدا فقبضه اواشترى رجل من رجل عبدا فجاء رجل وزعم ان العبد عبده ولا بينة له فاراد استحلاف المدعى عليه يحلف على البتات (ادعى رجل (منكوحة الغير انها منكوحته ولا بينة له) اى للمدعي (يحلف الزوج على العلم) اى انه لا يعلم انها منكوحته (فان حلف انقطع النزاع وان نكل حلفت) اى المرأة (على البتات) اى انها ليست امرأته (فان نكلت قضي بنكاح المدعي) كذا في العمادية اعلم ان كل موضع وجب فيه اليمين على البتات فحلف على العلم لا يكون معتبرا حتى لا يقضى عليه بالنكول ولا يسقط اليمين عنه وكل موضع وجب فيه اليمين على العلم فحلف على البتات يعتبر اليمين حتى يسقط اليمين عنه ويقضى عليه اذا نكل لان الحلف على البتات اكد فيعتبر مطلقا بخلاف العكس ذكره الزيلعي (ادعى اشياء مختلفة يحلف على الكل مرة) في العمادية ادعى اعيانا مختلفة الجنس والنوع والصفة وذكر قيمة الكل جملة ولم يذكر قيمة كل عين

(قوله ادعى رجل منكوحة الغير) يعني قبل نكاحه ثم انها لا تحلف عند ابي حنيفة وعندهما لا تستحلف المرأة ما لم يحلف الزوج لانها لو اقرت بذلك لا يجوز اقرارها على الزوج الثاني لكن يحلف الزوج الثاني اولا بالله ما يعلم ان هذا زوجها قبلك الى آخر ما قاله المصنف كما في الفتاوى الصغرى (قوله اعلم ان كل موضع وجب فيه اليمين على البتات الخ) حكاه سعدي چلبي رحمه الله تعالى ثم قال فيه بحث اما اولا فلان (قوله لا يقضى عليه بالنكول ولا يسقط اليمين ليس كما ينبغي بل اللائق ان يقضى بالنكول فانه اذا نكل عن الحلف على العلم ففي البتات اولى والجواب المنع لجواز ان يكون نكوله لعلمه بعدم فائدة اليمين على العلم فلا يحلف حذرا من التكرار فليتأمل واما ثانيا فلان (قوله فيقضى عليه اذا نكل الخ محل تأمل فانها اذا لم يجب عليه كيف يقضى عليه اذا نكل اه وقال يعقوب باشا بعد نقله عن النهاية وفيه كلام وهو ان الظاهر عدم الحكم بالنكول لعدم وجوب اليمين على البتات كما لا يخفى فليتأمل اه (قوله ادعى اشياء مختلفة الخ) كذا في الصغرى ثم قال بعده وقال الفقيه ابو جعفر ان كان المدعي عرف منه التعنت حينئذ يؤمر بجمع الدعاوى وان كان غير معروف بذلك لم يكلفه جمعها اه

على حدة اختلف المشايخ فيه بعضهم شرط التفصيل وبعضهم اكتفى بالاجمال وهو الصحيح لان المدعى لو ادعى غصب هذه الاعيان لا يشترط لصحة الدعوى بيان القيمة لكن ان ادعى ان الاعيان قائمة في يده يؤمر باحضارها فتقبل البينة بحضرتها وان قال انها قد هلكت في يده او استهلكها وبين قيمة الكل جملة تسمع دعواه وتقبل بينته وان لم تكن له بينة حلف على الكل مرة لان وجوب التحليف مبني على صحة الدعوى وقد صحت فوجب على الكل مرة (اقر بدين او غيره ثم قال كنت كاذبا في اقراري حلف المقر له انه) اى المقر لم يكن كاذبا فيه ولست بمبطل في دعواك عليه) عند ابي يوسف وهو استحسان وعندهما يؤمر بتسليم المقر به الى المقر له وهو القياس لان الاقرار حجة ملزمة شرعا كالبينة بل اولى لان احتمال الكذب فيه ابعد وجه الاستحسان ان العادة جرت بين الناس انهم اذا ارادوا الاستدانة يكتبون الصك قبل الاخذ ثم يأخذون المال فلا يكون الاقرار دليلا على اعتبار هذه الحالة فيحلف وعليه الفتوى لتغير احوال الناس وكثرة الخداع والخيانات وهو يتضرر والمدعى لا يضره اليمين ان كان صادقا فيصار اليه ذكره الزيلعي (صح فداء اليمين والصلح منه) يعني اذا ادعى رجل على آخر مالا فانكر فاستحلف فافتدى يمينه بمال او صالح عن يمينه على مال صح لما روى عن عثمان رضي الله تعالى عنه انه ادعى عليه باربعين درهما فاعطى شيأ وافتدى يمينه ولم يحلف وعن حذيفة رضي الله تعالى عنه انه افتدى يمينه بمال ولانه لو حلف وقع في القيل والقال فان بعض الناس يصدق وبعضهم يكذب فاذا افتدى يمينه صان عرضه وهو حسن قال عليه الصلاة والسلام ذبوا عن اعراضكم باموالكم (ولا يحلف بعده) اى ليس للمدعى ان يستحلفه بعد ذلك لانه اسقط خصومته باخذ البدل منه بخلاف ما اذا اشترى يمينه بعشرة دراهم مثلا حيث لم يجز وكان له ان يستحلفه لان الشراء عقد تمليك المال بالمال واليمين ليست بمال كذا في العناية

(باب التحالف)

(اختلفا) اى المتبايعان (في قدر الثمن) بان ادعى المشتري ثمنا وادعى البائع اكثر منه (او وصفه) بان ادعى البائع انه بدراهم رائجة وادعى المشتري انه بدراهم كاسدة (او جنسه) بان ادعى البائع انه بالدنانير وادعى المشتري انه بدراهم (او) اختلفا (في قدر المبيع) بان اعترف البائع بقدر من المبيع وادعى المشتري اكثر منه (حكم لمن برهن) اى ايهما اقام البينة حكم له لانه نور دعواه بالحجة وبقي في الجانب الآخر مجرد الدعوى والبينة اقوى لانها تلزم على القاضي الحكم والدعوى لا تلزم (وان برهنا حكم لمثبت الزيادة) لان البينات للاثبات ومثبت الاقل لا يعارض مثبت الاكثر (وان اختلف فيهما) اى الثمن والمبيع جميعا بان قال البائع بعت العبد الواحد بالفين وقال المشتري لا بل بعت العبدين بالف (لحجة البائع في الثمن والمشتري في المبيع اولى) لان حجة البائع في الثمن اكثر اثباتا وحجة المشتري في المبيع اكثر اثباتا (وان عجزا) اى وان لم يكن لكل منهما بينة قيل للمشتري اما ان ترضى بالثمن الذي يدعيه البائع والا فسخنا البيع وقيل للبائع اما ان تسلم

(قوله ذكره الزيلعي) يعني في مسائل شتى آخر الكتاب (قوله لما روى عن عثمان الخ) تمامه ولما افتدى قيل الا تحلف وانت صادق فقال اخاف ان يوافق قدر يميني فيقال هذا بسبب يمينه الكاذبة (قوله قال عليه الصلاة والسلام) كذا قال علي كرم الله وجهه اياك وما يقع عند الناس انكاره وان كان عندك اعتذاره

(باب التحالف)

(قوله اصله ان التحالف قبل القبض) اى قبض احد البدلين (قوله وبدأ بيمين المشترى) هو الصحيح وعن ابى يوسف بدأ بيمين البائع
وقيل يقرع بينهما وصفة التحليف ان يحلف المشترى بالله ما اشتراه بألفين ويحلف البائع بالله ما باعه بألف ذكره فى الاصل وفى الزيادات
يضم الى النفى الاثبات فيحلف البائع ما باعه بألف ولقد باعه بألفين ويحلف المشترى بالله ما اشتراه بألفين ولقد اشتراه
بالف اه والاصح الاقتصار على النفى كما فى الكافى موجها (قوله ومن نكل عن اليمين من المتبايعين لزمه دعوى الآخر بالقضاء) اى اذا اتصل به القضاء وهذا التحالف اذا اختلفا فى البدل قصدا واما اذا كان فى ضمن شئ كما اختلافهما فى زق المبيع فالقول للمشترى سواء سمى لكل رطل ثمنا اولا كما فى التبيين (قوله ولا بعد هلاك المبيع) يعنى المبيع من كل وجه لانه فى المقايضة يتحالفان بعد هلاك احد البدلين اذ كل منهما مبيع فكان المبيع قائما ببقاء الآخر فيمكن فسخه واذا فسخ رد مثل الهالك ان كان مثليا وقيمته ان لم يكن مثليا كما فى الكافى (قوله او تغيره بالعيب) كذا فى الكافى اه وليس بقيد احترازى من تغيره بغير العيب لانهما ان اختلفا فى قدر الثمن وكان التغير زيادة متصلة كالسمن والجمال منعت التحالف عند ابى حنيفة وابى يوسف وعند محمد لا تمنع ويرد المشترى العين بناء على ان هذه الزيادة تمنع الفسخ عندهما فى عقود المعاوضات فتمنع التحالف وعنده لا تمنع الفسخ فلا تمنع وان كانت الزيادة متصلة غير متولدة من الاصل كالصبغ فى الثوب والبناء والغرس فى الارض فكذلك تمنع التحالف عندهما وعنده لا تمنع ويرد المشترى القيمة وان كانت الزيادة منفصلة متولدة من الاصل كالولد والارش والعقر فهو على هذا الاختلاف وان كانت الزيادة منفصلة
غير متولدة من الاصل كالموهوب والمكسوب لا تمنع التحالف بالاجماع فيتحالفان ويرد المشترى العين لان هذه الزيادة (يتعدى)
لا تمنع الفسخ فى عقود المعاوضات فلا تمنع التحالف وكذا هى ليست فى معنى هلاك العين فلا تمنع التحالف واذا تحالفا رد المشترى المبيع
دون الزيادة وكانت الزيادة له لانها حدثت على ملكه وتطيب له لعدم تمكن الخبث والله اعلم كذا فى البدائع فيغتنم

ما ادعاه المشترى من المبيع والا فسخنا البيع لان الغرض قطع الخصومة وقد امكن ذلك
برضاء احدهما بما يدعيه الآخر فيجب ان لا يعجل القاضى بالفسخ حتى يسأل كلا منهما عما
يختاره (وان لم يرضيا بدعوى احدهما تحالفا) اى استحلف القاضى كلا منهما على
دعوى الآخر اصله ان التحالف قبل القبض حال قيام السلعة على وفق القياس لان
البائع يدعى على المشترى زيادة الثمن والمشترى ينكر والمشترى يدعى على البائع وجوب
تسليم المبيع بما ادعاه ثمنا والبائع ينكر فكان كل منهما منكرا وتحليف المنكر موافق للقياس
اما التحالف بعد القبض فعلى خلاف القياس عند ابى حنيفة وابى يوسف لان المبيع سلم
للمشترى فلا يكون مدعيا على البائع شيأ فبقى دعوى البائع على المشترى زيادة الثمن وهو
ينكر فيكتفى بحلفه وانما ثبت التحالف بعد القبض لقوله عليه الصلاة والسلام اذا
اختلف المتبايعان والسلعة قائمة تحالفا وترادا (وبدأ بيمين المشترى) لانه اقواهما انكارا
لانه المطالب اولا بالثمن فيكون هو البادى بالانكار فيبدأ بيمينه (او سلعة بثمن) اى هذا اذا
كان بيع عين بدين (والا) اى وان لم يكن كذلك بل بيع عين بعين حتى يكون مقايضة
بعين او ثمن بثمن حتى يكون صرفا بثمن (فبأيهما شاء) اى بدأ القاضى بيمين أيهما شاء
لاستوائهما فى فائدة النكول وصفة التحالف ان يحلف المشترى بالله ما اشتراه بألفين
ويحلف البائع بالله ما باعه بألف (وفسخه القاضى) اى فسخ القاضى البيع بينهما
(بطلب احدهما) اوطلبهما (ولا ينفسخ) وقيل ينفسخ بنفس التحالف والصحيح
هو الاول لانهما لما حلفا لم يثبت ما ادعاه كل منهما فبقى بيعا بثمن مجهول ويفسخه القاضى
قطعا للمنازعة بينهما وفرع عليه ما ذكر فى المبسوط بقوله (فلو وطئ المشترى الجارية
المبيعة بعد التحالف وقبل الفسخ يحل) اى وطؤه لانها لم تخرج من ملكه ما لم يفسخ القاضى
(ومن نكل) عن اليمين من المتبايعين (لزمه دعوى الآخر بالقضاء) لانه صار
مقرا بما يدعيه الآخر او باذلاله (لا تحالف فى اصل البيع والاجل وشرط الخيار
وقبض بعض الثمن ومكان دفع المسلم فيه وحلف المنكر) اى منكر البيع والاجل وغيرهما
لان هذا اختلاف فى غير البيع والثمن فاشبه الاختلاف فى الحط والابراء بخلاف الاختلاف
فى وصف الثمن او جنسه حيث يكون بمنزلة الاختلاف فى القدر (ولا بعد هلاك المبيع او
خروجه عن ملكه او تغيره بالعيب) يعنى اذا هلك المبيع او خرج عن ملكه او تغير بحدوث
العيب عنده وصار بحال لا يقدر على رده بالعيب ثم اختلفا فى الثمن لم يتحالفا عند ابى حنيفة
وابى يوسف بل القول للمشترى وعند محمد والشافعى يتحالفان فيفسخ البيع على قيمة الهالك لان
كلا منهما يدعى حقا ينكره الآخر فيتحالفان ولهما ان التحالف بعد قبض المبيع مخالف للقياس فلا

يتعدى الى حال هلاك السلعة (كذا بعضه) اى اذا هلك بعض المبيع او خرج عن ملكه
ثم اختلفا فى الثمن لم يتحالفا (الا ان رضى البائع بترك حصة الهالك) اى عدم اخذ شئ من
ثمن الهالك وجعل العقد كان لم يكن الا على القائم (ولا فى بدل الكتابة) اى ولا تحالف ايضا
بين المولى والمكاتب اذا اختلفا فى قدر بدل الكتابة لان التحالف يكون فى المعاوضات عند
تجاحد الحقوق اللازمة وبدل الكتابة غير لازم لجواز العجز واذا انعدم التحالف وجب
اعتبار الدعوى والانكار فيكون القول قول العبد مع يمينه لانكاره الزيادة وان اقاما البينة
فبينة المولى اولى لانها تثبت الزيادة (و) لا فى (رأس المال بعد اقالته) اى اذا اقالا عقد السلم
واختلفا فى رأس المال لم يتحالفا اذ لو تحالفا تنفسخ الاقالة ويعود السلم وهو لا يجوز لان
اقالته اسقاط الدين والساقط لا يعود (بل صدق المسلم اليه لو حلف) لان رب السلم يدعى
عليه زيادة وهو ينكر (ولا يعود السلم) لما ذكر ان الساقط لا يعود (بخلاف البيع) يعنى
اذا اختلفا فى قدر الثمن بعد الاقالة وقبل قبض المبيع بحكمهما تحالفا وعاد البيع والفرق ان
الغرض من التحالف فسخ العقد حتى يعود كل منهما الى اصل ماله واليه الاشارة بقوله
صلى الله عليه وسلم تحالفا وترادا والتحالف فى الاقالة فى السلم لا يفيد هذا الغرض لان
الاقالة فى السلم بعد نفاذها لا تحتمل الفسخ بسائر اسباب الفسخ حتى لو قالا انقضنا
الاقالة لا تنتقض فلا يحتمل الفسخ ايضا لما مر ان الساقط لا يعود واما الاقالة فى البيع ثم تحتمل
الفسخ بسائر اسباب الفسخ حتى لو قالا انقضنا الاقالة تنتقض فاحتملت الفسخ بالتحالف
ايضا لانتفاء المانع هنا لان ملك العين يحتمل العود (اختلفا فى قدر المهر قضى لمن برهن)
اى اقام البينة لانه نور دعواه بها وهى كاسمها مبينة (وان برهنا فلها) اى قضى للمرأة
(ان شهد مهر المثل له) اى للزوج بان كان مثل ما يدعيه الزوج او اقل لان الظاهر يشهد
للزوج وبينة المرأة تثبت خلاف الظاهر (و) قضى (له) اى الزوج (ان شهد) اى
مهر المثل (لها) بان كان مثل ما تدعيه او اكثر لانها تثبت الحط وهو خلاف الظاهر
(وان لم يشهد) اى مهر المثل (لهما) اى لواحد منهما بان كان اقل مما ادعته واكثر
مما ادعاه (تهاترا) اى تساقطا لاستوائهما فى الاثبات لان بينتها تثبت الزيادة وبينته
تثبت الحط فلا يكون احدهما اولى من الآخر (وان عجزا) عن البرهان (تحالفا
وايهما نكل لزمه دعوى الآخر لانه صار مقرا بما يدعيه خصمه او باذلا (ولا
يفسخ النكاح) لان يمين كل منهما يبطل ما يدعيه صاحبه من التسمية فبقى العقد
بلا تسمية وهو لا يفسد النكاح اذ المهر تابع فيه بخلاف البيع فان عدم تسمية الثمن
يفسده كما فى البيوع ويفسخه القاضى قطعا للمنازعة بينهما (بل يحكم مهر المثل)
اى يجعل حكما (فيقضى بقوله) اى الزوج (لو) كان مهر المثل (كما قال او اقل
منه و) يقضى (بقولها لو) كان مهر المثل (كما قالت او اكثر منه وبه) اى يقضى
بمهر المثل (لو) كان مهر المثل (بينهما) بان كان اكثر مما قاله واقل مما قالته اذ لم تثبت
الزيادة على مهر المثل ولا الحط عنه بالتحالف (اختلفا فى بدل الاجارة) بان ادعى

(قوله كذا بعضه الا ان رضى البائع
بترك حصة الهالك) قول ابى حنيفة
ويحكم ابو يوسف بالتحالف وبالفسخ
فى القائم وامر محمد بالفسخ فيهما ك
فى المواهب (قوله ولا فى بدل الكتابة)
قول ابى حنيفة وقالا يتحالفان وتفسخ
الكتابة (قوله والبينة بينة المولى)
يعنى عند التعارض لاثباتها الزيادة الا
ان العبد اذا ادى قدر ما اقام عليه البين
عتق واذا لم يتعارضا فاقام احدهم
بينة قبلت كما فى التبيين (قوله وقبل قبض
المبيع بحكمهما تحالفا) يشير الى ان البائ
او قبض المبيع بعد الاقالة لا يتحالفا
وهذا عندهما وعند محمد يتحالفان ك
فى التبيين (قوله فان لم يشهد اى مهر المث
لهما تهاترا) لا يعلم منه ماذا يجب لو
ولعله مهر المثل كما اذا عجزا وتحالفا وكا
مهر [illegible] بين قولهما (قوله وان عجز
الخ) تخريج الكرخى رحمه الله وتخريج
الرازى خلاف ذلك فانه يبدأ باليمين
او لا فيجعل القول لمن يشهد له الظاه
وهو مهر المثل مع يمينه وان لم يشه
لواحد منهما بان كان بينهما تحالفا ويبد
بيمين الزوج وعند ابى يوسف لا يتحالفا
والقول قول الزوج مع يمينه الا ا
يأتى بشئ مستنكر كما فى التبيين

المؤجر انه آجره شهرا بعشرة دراهم وادعى المستأجر انه استأجره بخمسة (او المنفعة) بان ادعى المؤجر انه آجره شهرا وادعى المستأجر انه استأجره شهرين (قبل قبضها) اى قبض المنفعة (او) اختلفا (فيهما) اى فى بدل الاجارة والمنفعة معا (تحالفا وترادا) لم يذكر الاجل لعدم جريان التحالف فيه بل القول لمنكر الزيادة ذكره فى النهاية ووجه التحالف ان الاجارة قبل قبض المنفعة كالبيع قبل قبض المبيع فى كون كل من المتعاقدين يدعى على الآخر وهو ينكر وكون كل من العقدين معاوضة يجرى فيها الفسخ فالحقت به واعترض بان قيام المعقود عليه شرط لصحة التحالف والمنفعة معدومة واجيب بان الدار مثلا اقيمت مقام المنفعة فى حق ايراد العقد عليها فكانها قائمة تقديرا (وحلف المستأجر اولا لو اختلف فى الاجرة و) حلف (المؤجر لو اختلف (فى المنفعة وان نكل ثبت قول الآخر واى برهن قبل وان برهنا فحجة المؤجر اولى لو) اختلف (فى الاجرة و) حجة (المستأجر اولى لو) اختلف (فى المنفعة) نظرا الى زيادة الاثبات (وحجة كل فى زائد يدعيه) اولى (لو) اختلف (فيهما) اى فى الاجرة والمنفعة بان ادعى المؤجر شهرا بعشرة والمستأجر شهرين بخمسة فيقضى بشهرين بعشرة (ولا تحالف لو) اختلف (بعد قبض المنفعة والقول للمستأجر) مع يمينه لان جريان التحالف لاجل الفسخ والمنافع المستوفاة لا يمكن فسخ العقد فيها (وبعد قبض بعضها) اى المنفعة (تحالفا وفسخت) اى الاجارة فيما بقى والقول للمستأجر فيما مضى) لان الاجارة تنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة فيصير كل جزء من المنفعة كالمعقود عليه ابتداء فصار ما بقى من المدة كالمنفرد بالعقد فيتحالفان عليه بخلاف ما اذا هلك بعض المبيع لان كل جزء منه ليس بمعقود عليه عقدا مبتدأ بل الجملة معقودة بعقد واحد فاذا تعذر الفسخ فى بعضه بالهلاك تعذر فى كله ضرورة (اختلف الزوجان فى متاع البيت سواء قام النكاح) بينهما (او لا) وادعى كل منهما ان المتاع كله له ولا بينة لهما (فالقول لكل منهما فيما يصلح له) يعنى ان القول فيما يصلح للرجال كالعمامة والقباء والقلنسوة والطيلسان والسلاح والمنطقة والكتب والدرع والقوس والنشاب ونحوها قول الزوج مع يمينه بشهادة الظاهر له وفيما يصلح للنساء كالدرع والخمار وثياب النساء وحليهن ونحوها قول المرأة مع يمينها لان الظاهر شاهد لها (الا اذا كان كل منهما يفعل او يبيع) ما يصلح للآخر اى الا ان يكون الرجل صائغا وله اساور وخواتم النساء والحلى والخلخال ونحوها فلا يكون لها وكذا اذا كانت المرأة دلالة تبيع ثياب الرجال او تاجرة تتجر فى ثياب الرجال والنساء او ثياب الرجال وحدها كذا فى شروح الهداية (و) القول (له) اى للرجل (فيما يصلح لهما) كالفرش والامتعة والاوانى والرقيق والمنزل والعقار والمواشى والنقود لان المرأة وما فى يدها فى يد الزوج واذا تنازع اثنان فى شئ وهو فى يد احدهما كان القول له كذا هنا بخلاف ما يختص به لان لها ظاهر آخر اظهر من اليد وهو يد الاستعمال فجعل القول قولها كرجلين اختلفا فى ثوب احدهما لابسه والآخر متعلق بكمه فاللابس اولى وهذا اذا كانا حيين (فان مات

(قوله الا اذا كان كل منهما يفعل او يبيع ما يصلح للآخر) ليس على ظاهره فى عموم نفى قول احدهما بفعل او بيع الآخر ما يصلح له لان المرأة اذا كانت تبيع ثياب الرجال وما يصلح لهما كالآنية والذهب والفضة والامتعة والعقار فهو للرجل لان المرأة وما فى يدها فى يد الزوج والقول فى الدعاوى لصاحب اليد بخلاف ما يختص به لان عارض يد الزوج اقوى منه وهو الاختصاص بالاستعمال كما فى العناية ويعلم مما سيذكره المصنف رحمه الله تعالى (قوله فان مات

احدهما فالمشكل للحي بيمينه) حرا كان او رقيقا اذ لا يد للميت فبقيت يد الحي بلا معارض هكذا في الهداية والجامع الصغير للصدر الشهيد وصدر الاسلام وشمس الائمة الحلواني وقاضيخان وقال شمس الائمة السرخسي في الجامع الصغير وقع في بعض النسخ للحي منهما وهو سهو في رواية محمد والزعفراني للحر منهما بالراء (و) لو كان (احدهما مملوكا فالمتاع للحر في الحياة) لان يد الحر اقوى (وللحي في الموت) اذ لا يد للميت فخلت يد الحي عن المعارض وهذا عند ابي حنيفة وقالا العبد المأذون والمكاتب كالحر لان لهما يدا معتبرة في الخصومات حتى لو اختصم الحر والمكاتب في شيء هو في ايديهما يقضى بينهما لاستوائهما في اليد بخلاف ما لو كان محجورا حيث يقضى به للحر اذ لا يد له

فصل

فيمن يكون خصما ومن لا يكون (قال المدعى عليه هذا الشيء اودعنيه زيد او اجرنيه او رهننيه او اعارنيه او غصبته وبرهن عليه دفعت خصومة المدعي) يعني ادعى رجل عبدا في يد رجل انه له فقال ذو اليد هو لفلان الغائب اودعنيه الى آخر ما ذكر فاقام على ذلك بينة او اقام بينة ان المدعي اقر انه لفلان اندفع عنه خصومة المدعي لانه يثبت ببينته انه وصل اليه من جهة فلان وان يده ليست يد خصومة وقال ابن شبرمة لا يخرج من الخصومة باقامة البينة لانه خصم بيده فصار منافضا في دفع الخصومة عن نفسه وقال ابن ابي ليلى يخرج منها بمجرد قوله بغير بينة اذ لا تهمة فيما يقربه على نفسه وقال ابو يوسف ان كان ذو اليد رجلا صالحا اندفع عنه الخصومة اذا اقام البينة وان كان معروفا بالحيل لا تندفع ثم رجع اليه حين ابتلي بالقضاء وعرف احوال الناس فقال المحتال من الناس قد يأخذ مال انسان غصبا ثم يدفعه سرا الى مريد سفر ويودعه بشهادة شهود حتى اذا جاء المالك واراد ان يثبت ملكه فيه اقام ذو اليد بينة على ان فلانا اودعه فيبطل حقه وقال محمد لا تندفع (اذا قالوا نعرفه بوجهه) لا باسمه ونسبه وقال ابو حنيفة تندفع

احدهما فالمشكل للحي بيمينه) هذا عند ابي حنيفة ويحكم ابو يوسف لها منه اي من الصالح لهما ان كانت حية او لورثتها ان كانت ميتة بجهاز مثلها وجعله محمد للزوج في حياته ولورثته بعده وقال زفر يقسم الصالح لهما بينهما وعنه ان المتاع كله بينهما نصفان وهو قول الشافعي ومالك وقال ابن ابي ليلى الكل للرجل ولها ثياب بدنها وقال الحسن البصري الكل لها وله ثياب بدنه هكذا في البرهان وهذه هي المسبعة كما في التبيين (قوله حرا كان او رقيقا) لا يناسب المقام لان الكلام فيما اذا كانا حرين واما اذا كان احدهما مملوكا فهو المسئلة الآتية والاختلاف الذي ذكره عن شمس الائمة في النسخ انما هو فيما اذا كان احدهما مملوكا فهو مقدم من تأخير ويوضحه قول الكافي واذا اختلف الزوجان في متاع البيت والنكاح قائم او ليس بقائم وادعى كل ان المتاع كله له فما صلح للرجال فالقول فيه قول الزوج مع يمينه وما صلح للنساء فالقول ﴿٣٤٣﴾ فيه قول المرأة مع يمينها وما يصلح لهما فالقول للزوج مع يمينه وهذا اذا كانا حيين وان مات احدهما واختلف ورثته مع الآخر فالجواب في غير المشكل على ما مر واما في المشكل فهو للحي منهما ايهما كان ثم قال وان كان احدهما مملو[كا] فالمتاع للحر في حال الحياة وان مات احدهما فالقول للحي فيهما حرا كان او ر[قيقا] لانه لا يد للميت فبقيت يد الحي [بلا] معارض هكذا ذكر في الهداية الى ما قاله المصنف فليتنبه له ثم قوله هكـ[ذا] ذكر في الهداية والجامع الصغير يـ... عامة نسخ الجامع الصغير كما قال الا... هكذا وقع في عامة نسخ الجامع ثم والمصنف يعني صاحب الهداية ا... اختيار العامة واستدل بقوله لانه [لا يد] للميت فخلت يد الحي عن المعارض (ولو كان احدهما مملوكا فالمتاع للحر ا... يعني جميع متاع البيت (قوله وهذا [عند] ابي حنيفة) اي هذا الحكم في ... الرقيق فيشمل المكاتب والمأذون وقالا المكاتب والمأذون كالحر

﴿فصل فيمن يكون خصما ومن لا يك[ون]﴾

(قوله وقال ابن شبرمة لا يخرج من الخصومة باقامة البينة) عبارة الكافي لا يخرج وان اقام البينة اه فلو افهم المصنف لفظه ولو كان احسن ليحسن مقابلته بقول ابن ابي ليلى انه يخرج بمجرد قوله بغير بينة (قوله وقال محمد الخ) رأيت بخط العلامة المقدسي عن البزازية ان تعويل الائمة على قول م... ثم ما ذكره المصنف مأخوذ من الكافي لكنه ذكره بعد ان قيد قول ابي يوسف الذي اقتصر المصنف هنا بقوله ان فلانا اودعه فـ[يبطل] حقه فقال اذا عرف شهود صاحب اليد المودع باسمه ونسبه ووجهه ثم قال وان قال الشهود نعرف المودع بوجهه ولا نعرفه [باسمه] ونسبه لا تندفع الخصومة عند محمد لان المعرفة بالوجه لا تكون معرفة لانه عليه الصلاة والسلام قال لرجل اتعرف فلانا فقـ[ال نعم] فقال هل تعرف اسمه ونسبه فقال لا فقال اذا لا تعرفه ومن حلف لا يعرف فلانا وهو يعرف وجهه دون اسمه ونسبه لا يحنث

مخمسة . دعوى لما فيها من اختلاف خمسة ائمة او خمس صور دعوى وديعة وغيرها

ان قال الشهود نعرفه باسمه ونسبه او بوجهه لان ذا اليد يحتاج الى دفع الخصومة عن نفسه وانما تندفع اذا اثبت ان يده ليست يد ملك وخصومة وقد حصل ذلك لانه اثبت ببينته انه ليس بخصم لهذا المدعى فانا نعلم ان مودعه ليس هذا المدعى اذا الشهود يعرفون المودع بوجهه (وان قالوا اودعه من لا نعرفه لا) اى لا يكون دفعا لاحتمال ان يكون المودع هذا المنازع (كما لو قال) اى ذو اليد (شريته من الغائب) حيث لا تندفع الخصومة لانه بزعمه ان يده يد ملك صار معترفا بكونه خصما (او قال المدعى غصبته او سرقته او سرق مني) حيث لا يندفع به الخصومة (وان) وصلية (برهن ذو اليد على ايداع زيد) اما الاولان فلان المدعى انما صار خصما بدعوى الفعل عليه لا بيده فلا تندفع دعواه باحالة الملك الى غيره لانه لم يدع الملك عليه بل ادعى الفعل عليه وهو الغصب او السرقة واما الثالث ففيه خلاف محمد حيث قال تندفع به لانه لم يدع الفعل عليه بل ادعى الفعل على مجهول وهي باطلة فالتحقت بالعدم فبقي دعوى الملك ولهما ان هذا كتعيين ذي اليد للسرقة ولو عينه لم تندفع كذا هنا لان ذلك الفعل يستدعي فاعلا والظاهر انه الذي في يده وانما ابهمه درا للحد فنزل ذلك منزلة تعيينه (بخلاف غصب مني) على البناء للمفعول حيث تندفع به الخصومة اذ لا حد فيه فلا يحترز عن كشفه فلو قضى عليه ثم حضر الغائب فاقام البينة على الملك تقبل لانه لم يصر مقضيا عليه وانما قضى على ذي اليد فقط (ولو قال اشتريته من زيد وقال ذو اليد هو) اى زيد (اودعني دفعت) اى الخصومة (بلا حجة) لتصادقهما على ان اصل الملك فيه لزيد فظهر ان وصوله الى يد ذي اليد من جهته فلم يكن يده يد خصومة بل يد نيابة والدعوى انما تصح على من يكون له يد ملك (الا اذا برهن) المدعى (ان زيدا وكله بقبضه) فحينئذ تصح دعواه لانه يثبت بحجته انه احق بامساكه فان طلب المدعى يمينه على ما ادعى من الايداع حلف على البتات اقول هكذا وقعت العبارة في الكافي والظاهر ان يقع التوكيل موقع الايداع ويكون المعنى فان طلب مدعي الايداع يمين مدعي التوكيل بناء على ما ادعى من الايداع وعجز عن اقامة البرهان عليه حلف على البتات يعني على عدم توكيله اياه لا على عدم علمه بتوكيله اياه فتدبر (ولو قال ذو اليد اودعني وكيله لم يصدق الا ببينة) لان الوكالة لا تثبت بقوله

﴿باب دعوى الرجلين﴾

(حجة الخارج في الملك المطلق اولى من حجة ذي اليد) لان الخارج هو المدعى والبينة بينة المدعى بالحديث كما مر وفيه خلاف الشافعي فاذا نكل المدعى عليه قضى بالمال عليه للمدعى خلافا له قيد الملك بالمطلق احترازا عن المقيد بدعوى النتاج وعن المقيد بما اذا ادعيا تلقي الملك من واحد واحدهما قابض وبما اذا ادعيا الشراء من اثنين وتاريخ احدهما اسبق فان في هذه الصور تقبل بينة ذي اليد بالاجماع كما سيأتي (الا اذا ارخا وذو اليد اسبق) لان للتاريخ عبرة عند ابي (حنيفة)

(قوله او قال المدعى غصبته) يعني من زيد (قوله اما الاولان) يعني غصبته او سرقته (قوله واما الثالث) يعني سرق مني (قوله لان ذلك الفعل) اى المذكور بقوله سرق مني يستدعي فاعلا لكن عبارة الكافي وهذا لان ذكر الفعل يستدعي فاعلا

(قوله هكذا وقعت العبارة في الكافي الخ) ما ادعاه من الظهور فيه تأمل لانه جعل اليمين على مدعي التوكيل وانما هي على المدعى عليه اى مدعي الايداع كما هو ظاهر من قول الكافي فان طلب المدعى اى مدعي الشراء يمينه اى مدعي الايداع ﴿تنبيه﴾ اذا قال المدعى عليه لي دفع يمهل الى المجلس الثاني كما في الصغرى

﴿باب دعوى الرجلين﴾

(قوله لان الخارج هو المدعى) يعني فذو اليد ليس بمدع والدليل على انه ليس مدعيا ما ذكرنا من تحديد المدعى انه اسم لمن يخبر عما في يد غيره لنفسه والموصوف بهذه الصفة هو الخارج لا ذو اليد لانه يخبر عما في يد نفسه لنفسه فلم يكن مدعيا فالتحقت بينته بالعدم فبقيت بينة الخارج بلا معارض فوجب العمل بها كذا في البدائع (قوله وفيه خلاف الشافعي) يريد به ان بينة ذي اليد اولى عنده كما في البدائع (قوله فاذا نكل المدعى عليه قضى بالمال عليه للمدعى خلافا له) فيه تأمل لان الكلام في ان كلا من الخارج وذي اليد مبرهن (قوله حجة الخارج في الملك المطلق اولى من حجة ذي اليد) لا فرق فيه بين ما اذا لم يكن لهما تاريخ او كان واتحد (قوله وبما اذا ادعيا الشراء من اثنين وتاريخ احدهما اسبق الخ) يحيل على ما سيذكره من انه اذا كان الملك مختلفا حيث لا يعتبر فيه سبق التاريخ اه ثم لم يذكره بعده (قوله الا اذا ارخا وذو اليد اسبق) اى فيقدم بينة ذي اليد وان وقت احدهما فقط تقضى للخارج عند ابي حنيفة ومحمد رجع ابو يوسف الى تقديم ذي الوقت وهو رواية عن ابي حنيفة كما في البرهان وهي مسئلة العبد الآتية

حنيفة في دعوى مطلق الملك اذا كان من الطرفين وهو قول ابي يوسف الآخر وقول محمد اولا وعلى قول ابي يوسف اولا وهو قول محمد آخرا لاعبرة له بل يقضى للخارج (ادعى ان هذا العبد لي غاب عني منذ شهر وقال ذو اليد لي منذ سنة يقضى للمدعي) ولا يلتفت الى بينة المدعى عليه لان ما ذكر المدعي تاريخ غيبة العبد عن يده لا تاريخ ملكه فكان دعواه في الملك مطلقا خاليا عن التاريخ وصاحب اليد ذكر التاريخ لكن التاريخ حالة الانفراد لا يعتبر عند ابي حنيفة فكان دعوى صاحب اليد دعوى مطلق الملك كدعوى الخارج فيقضى ببينة الخارج (برهنا) اي الخارجان (على ما في يد آخر) يعني ادعى اثنان عينا في يد آخر كل منهما يزعم انه له واقام البينة (قضي به لهما) بطريق الاشتراك بينهما لما روي ان رجلين اختصما الى رسول الله صلى الله عليه وسلم في ناقة واقام كل منهما البينة فقضى بها بينهما نصفين (و) برهنا (على الشراء منه) اي من آخر (فلكل نصفه بدله او تركه) يعني اذا كان عبد في يد رجل ادعى اثنان كل منهما انه اشتراه منه واقاما بينة بلا توقيت فلكل منهما بالخيار ان شاء اخذ نصف العبد بنصف الثمن الذي شهد به البينة ورجع على البائع بنصف ثمنه ان كان دفعه لاستوائهما في الدعوى والحجة كما لو كان دعواهما في الملك المطلق واقاما البينة وان شاء ترك لان شرط العقد الذي يدعيه وهو اتحاد الصفقة قد تغير عليه ولعل رغبته في تملك الكل فلم يحصل فيرده ويأخذ كل الثمن (وبترك احدهما بعد القضاء لم يأخذ الآخر كله) يعني اذا قضى القاضي بينهما نصفين فقال احدهما لا اختار لم يكن للآخر ان يأخذ جميعه لانه صار مقضيا عليه بالنصف فانفسخ العقد فيه والعقد متى انفسخ بقضاء القاضي لا يعود الا بتجديده ولم يوجد وذكر بعض الشارحين ناقلا عن مبسوط شيخ الاسلام خواهر زاده انه لا خيار وهو الظاهر كذا في العناية (وهو) اي ما ادعاه شخصان (للسابق ان ارخا) اي ان ذكر كل منهما تاريخا فهو للاول منهما لانه اثبت الشراء في زمان لا ينازعه فيه احد فاندفع الآخر (ولذي يد ان لم يؤرخا) اي ان لم يذكرا تاريخا لكنه في يد احدهما فهو اولى لان تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه وتحقيقه يتوقف على مقدمتين احداهما ان الحادث يضاف الى اقرب الاوقات. والثانية ان ما مع العبد بعدية زمانية فهو بعد اذا تقررتا فقبض القابض وشراء غيره حادثان فيضافان الى اقرب الاوقات فيحكم بثبوتهما في الحال وقبض القابض مبني على شرائه ومتأخر عنه ظاهرا فكان بعد شرائه ويلزم من ذلك ان يكون شراء غير القابض بعد شراء القابض فكان شراؤه اقدم تاريخا وقد تقدم ان التاريخ المقدم اولى (او ارخ احدهما) يعني ان المدعى لذي يد ان ارخ احدهما لان التاريخ حالة الانفراد غير معتبر كما مر فبقي اليد الدال على سبق الشراء كما عرفت (ولذي وقت ان وقت احدهما فقط) لثبوت ملكه في ذلك الوقت مع احتمال الآخر ان يكون قبله او بعده فلا يقضى له بالشك (بلا يد لهما) بان كان المبيع في يد ثالث يعني اذا ذكر بينة الخارج وقتا فذو اليد اولى اذ ذكر الوقت لا يزيل احتمال سبق ذي اليد

(قوله برهنا على ما في يد آخر) يعني وادعياه مطلق الملك ولم يوقتا قضي به بينهما وكذا لو استويا في الوقت او وقت احدهما فقط على الصحيح وهو ظاهر الرواية عن ابي حنيفة وقول محمد الآخر وقول ابي يوسف الاول لان توقيت احدهما لا يدل على تقدم ملكه كما في البرهان (قوله وبترك احدهما بعد القضا لم يأخذ الآخر كله) اشار به الى انه لو تركه قبل القضاء يأخذه الآخر كله وبه صرح في البرهان (قوله وذكر بعض الشارحين الخ) لا يستقيم الا بشيء لم يذكره هنا وذكره في النهاية فقال بعد قوله والعقد متى انفسخ بقضاء القاضي لا يعود الا بتجديده ولم يوجد انه بخلاف ما لو قال ذلك قبل تخيير القاضي والقضا عليه حيث يأخذ الجميع لانه يدعي الكل والحجة قامت ولم ينفسخ سببه وزال المانع وهو مراد الآخر وقوله حيث يأخذ الجميع يشير الى ان الخيار باق وذكر بعض الشارحين الى آخر ما قاله المصنف فتأمل (قوله انه لا خيار) اي كما في النهاية (قوله وتحقيقه الخ) قاله الشيخ اكمل الدين (قوله وهو للسابق ان ارخا) اي وهو في يد المدعى عليه الشراء وان لم يسبق بل وقتا ولم يوقتا كان لهما كما في البرهان (قوله ويلزم من ذلك ان يكون شراء غير القابض بعد شراء القابض) يعني به اللزوم الظاهري لانه اذا اثبت الآخر شراءه قبل شراء ذي اليد يكون اولى لانقطاع الاحتمال (قوله يعني اذا ذكر بينة الخارج وقتا فذو اليد اولى الخ) ليس في محله لان الكلام فيما اذا لم يكن لهما يد والصواب انه تعليل لما قبله الا انه قدم تعليله فتأمل (قوله ان ما مع العبد بعدية زمانية فهو بعد) كلمة ما ههنا عبارة عن شراء الغير والعبد عبارة عن القبض ولكن استعمال بعد اسما بلا ظرفية غير مشهور ولو قال (درر ٤٤ ني) ان ما مع المتأخر تأخرا زمانيا فهو متأخر لكان احسن اه

لان تمكنه من قبضه يدل على ماسبق شراءه الاان يشهد شهود الخارج ان شراءه قبل شراء صاحب اليد اذ ينتقض بها اليد لان الصريح يفوق الدلالة (وعلى نكاح) عطف على قوله على مافي يد آخر يعني ان برهن كل من الخارجين على ان هذه المرأة زوجته (سقطا) اى البرهانان (ان لم يؤرخا او استوى تاريخهما) لتعذر القضاء بهما اذ النكاح لا يقبل الاشتراك (فهي لمن صدقته) منهما لان النكاح مما يحكم به بتصادق الزوجين فيرجع الى تصديقهما فيجب اعتبار قولهما ان احدهما زوجها (الاان تكون) اى المرأة (في بيت الآخر او دخل بها) فيكون هو اولى ولا يعتبر قولهما لان تمكنه من نقلها او من الدخول بها دليل على سبق عقده (الاان يبرهن الآخر انه تزوجها قبله) فيكون هو اولى لان الصريح يفوق الدلالة فالحاصل انهما اذا تنازعا في امرأة واقام البينة فان ارخا وتاريخ احدهما اقدم كان هو اولى وان لم يؤرخا او استوى تاريخهما فان كان مع احدهما قبض كالدخول بها او نقلها الى منزله كان هو اولى وان لم يوجد شيء من ذلك لا يرجع الى تصديق المرأة (وان صدقت غير ذي برهان) يعني ان ماذكر كان فيما اذا صدقت احد المبرهنين وان صدقت غير ذي برهان (فهي له) لما عرفت ان النكاح يثبت بتصادق الزوجين (وان برهن الآخر قضي له) لانه اقوى من التصادق (ثم لا يقضى لغيره) اذ لا شيء اقوى من البرهان (الا اذا اثبت سبقه) لان البرهان مع التاريخ اقوى من البرهان بدونه (كما لا يقضى بحجة الخارج على ذي يد ظاهر النكاح الا باثباته) اى اثبات سبق نكاحه على نكاح ذي اليد الشراء والمهر اولى من هبة وصدقة مع قبض) يعني اذا ادعى احدهما شراء من شخص وادعى الآخر هبة وقبضا من ذلك الشخص واقام البينة ولا تاريخ معهما كان الشراء اولى لانه اقوى لكونه معاوضة من الجانبين ومثبتا للملك بنفسه بخلاف ما اذا اختلف الملك لهما وكان معهما تاريخ حيث لا يكون الشراء فيه اولى اذ عند اختلاف الملك يصير كل منهما خصما عن مملكه لحاجته الى اثبات الملك وهما في ذلك سواء وفيما اذا اتحد المملك لا يحتاجان الى اثبات ملك له لثبوته باتفاقهما وانما يحتاجان الى اثبات سبب الملك لانفسهما وفيه يقدم الاقوى وفيما اذا كان معهما تاريخ والمملك لهما واحد كان لاقدمهما تاريخا لثبوت ملكه في وقت لا ينازعه فيه احد بخلاف ما اذا كان المملك مختلفا حيث لا يعتبر فيه سبق التاريخ كما سيأتي ان شاء الله تعالى وكذا الشراء والصدقة مع القبض في جميع ماذكر من الاحكام واما كون المهر اولى من هبة وصدقة مع القبض فمعناه ان رجلا ادعى عبدا مثلا في يد رجل انه وهبه له او تصدق عليه وقبض وادعت امرأة ان ذا اليد تزوجها على ذلك العبد وقبضته كان المهر اولى لانه كالشراء اذ كل منهما عقد معاوضة يثبت الملك بنفسه (ورهن معه) اى مع قبض اولى من هبة معه استحسانا والقياس كون الهبة اولى لانها تثبت الملك والرهن لا يثبته وجه الاستحسان ان المقبوض بحكم الرهن مضمون وبحكم الهبة غير مضمون وعقد الضمان اقوى لان بينته اكثر اثباتا بخلاف الهبة بشرط العوض لانه بيع انتهاء والبيع ولو بوجه اقوى من الرهن (برهن خارجان على ملك مطلق

(قوله الا ان يكون في بيت الآخر او دخل بها) الاستثناء منقطع لانه ليس من المتقدم اذ هو في الخارجين وهنا احدهما ذو يد (قوله الاان برهن الآخر) استثناء من الاستثناء السابق (قوله كما لا يقضى بحجة الخارج على ذي يد ظاهر النكاح الخ) موجود في النسخ بصورة المتن ولعله شرح اذ ليس فيه زيادة على المتقدم (قوله والقياس كون الهبة الخ) قال الزيلعي فتكون المثبتة للزيادة اقوى وهذا اى القياس رواية كتاب الشهادات

مؤخر اوشراء مؤرخ من واحد غير ذي يد) احترز بهذا عما اذا برهنا على ما في يد آخر كما مر (او) برهن (خارج على ملك مطلق مؤرخ وذو يد على ملك اقدم) تاريخا (فالسابق اولى) لانه اثبت انه اول المالكين فلا يتلقى الملك الا من جهته (ولو) برهنا (على شراء متفق تاريخهما من آخر اووقت احدهما) فقط (قضى لهما نصفين) في الصورتين اما في الاولى فلان كلا منهما يثبت الملك لبائعه وملك بائعه مطلق ولا تاريخ فيه فصار كما اذا حضر البائعان فادعيا الملك بلا تاريخ فيكون بينهما نصفين واما في الثانية فلان توقيت احدهما لا يدل على تقدم الملك لجواز ان يكون الآخر اقدم بخلاف ما اذا كان البائع واحدا لانهما اتفقا على ان الملك لا يتلقى الا من جهته فاذا اثبت احدهما تاريخا يحكم له به حتى يتبين ان غيره تقدمه ولم يتبين (برهن خارج على الملك وذو يد على الشراء منه) بان كان عبد مثلا في يد زيد فادعاه بكر بانه ملكه وبرهن عليه وبرهن زيد على الشراء منه (فذو اليد اولى) لان الخارج ان كان يثبت اولية الملك فذو اليد يتلقى الملك منه ولا تنافي فيه فصار كما اذا اقر بالملك له ثم ادعى الشراء منه (كذا ان برهن كل من الخارج وذي اليد على النتاج ونحوه) وهو كل سبب للملك لا يتكرر فانه في معنى النتاج كالنسج في ثياب لا تنسج الا مرة كنسج الثياب القطنية وغزل القطن وحلب اللبن واتخاذ الجبن واللبد والمرعزى وجز الصوف ونحوها وان كان سببا يتكرر لا يكون في معنى النتاج فيقضى به للخارج كالملك المطلق وهو مثل الخز والبناء والغرس وزراعة الحنطة والحبوب فان اشكل يرجع الى اهل الخبرة لانهم اعرف به فان اشكل عليهم قضى به للخارج لان القضاء ببينة هو الاصل والعدول عنه بحديث النتاج فاذا لم يعلم يرجع الى الاصل (ولو) كان النتاج ونحوه (عند بائعه) فان كلا منهما اذا تلقى الملك من رجل واقام البينة على سبب ملك عنده لا يتكرر فهو بمنزلة اقامتها على ذلك السبب عند نفسه (فذو اليد اولى) من الخارج لان بينته قامت على اولية ملكه فلا يثبت للخارج الا بالتلقي عنه (الا اذا ادعى الخارج عليه فعلا) قال في الذخيرة الحاصل ان بينة ذي اليد على النتاج انما تترجح على بينة الخارج على النتاج او على مطلق الملك بان ادعى ذو اليد النتاج وادعى الخارج النتاج اوادعى الخارج ملكا مطلقا اذا لم يدع الخارج على ذي اليد فعلا نحو الغصب او الوديعة او الاجارة او الرهن او العارية اونحوها فاما اذا ادعى الخارج فعلا مع ذلك فبينة الخارج اولى وانما قال (في رواية) لما قال في العمادية بعد نقل كلام الذخيرة ذكر الفقيه ابو الليث في باب دعوى النتاج من المبسوط ما يخالف المذكور في الذخيرة فقال دابة في يد رجل اقام آخر بينة انها دابته آجرها من ذي اليد او اعارها منه او رهنها اياه وذو اليد اقام بينة انها دابته نتجت عنده فانه يقضى بها لذي اليد لانه يدعي ملك النتاج والآخر يدعي الاجارة والاعارة والنتاج اسبق منهما فيقضى لذي اليد وهذا خلاف ما نقل عنه (ولو) برهن (احدهما) من الخارج وذو اليد (على الملك) المطلق والآخر على النتاج فذو النتاج اولى) لان برهانه قام على اولية الملك فلا يثبت للآخر الا بالتلقي منه (برهن كل) من الخارج وذي اليد (على الشراء من

(قوله كذا ان برهن كل من الخارج وذي اليد على النتاج) اي يكون القضاء بها لذي اليد وهو الصحيح خلافا لما يقوله عيسى بن ابان من تهاتر البينتين ويكون لذي اليد لا على طريق القضاء كما في البرهان (قوله والمرعزاء) اذا شددت الزاي قصرت واذا خففت مددت والميم والعين مكسورتان وقد يقال مرعزاء بفتح الميم مخففا ممدودا وهي كالصوف تحت شعر العنز كذا في المغرب قاله قاضي زاده رحمه الله تعالى (قوله ولو كان النتاج ونحوه عند بائعه) اي فلا فرق بين ادعاء ذي اليد النتاج عنده او عند بائعه فهو احق من الخارج كما في البرهان (قوله لان بينته) اي بينة ذي اليد قامت على اولية ملكه فلا تثبت للخارج الا بالتلقي منه يعني ولم يثبت تلقيه وقد استويا في الاولية بادعاء النتاج وترجح ذو اليد باستيلائه لا ببينته لان النبي صلى الله عليه وسلم قضى بالدابة لذي اليد مع اقامة كل البينة على انها دابته نتجها اه وهذا اذا لم يذكرا تاريخا كما في البرهان (قوله وانما قال في رواية الخ) على هذا كان الاولى ان يقول في قول لا رواية (قوله برهن كل من الخارج وذي اليد على الشراء من الآخر الخ) تهاتر البينتين قول ابو حنيفة وابي يوسف سواء شهدوا بالقبض او لم يشهدوا

الآخر) اى صاحبه (بلا وقت سقطا وترك فى يده) عند ابى حنيفة وابى يوسف وعند محمد يقضى بالبينتين ويكون للخارج لامكان العمل بهما بأن يجعل ذواليد كأنه اشترى من الآخر وقبض ثم باع لان القبض دليل الشراء كما مر ولا يعكس لان البيع قبل القبض لا يجوز عنده وان كان فى العقار ولهما ان الاقدام على الشراء اقرار منه بالملك له فصار كما اذا قامتا على اقرارين وفيه التهاتر بالاجماع فكذا هنا وان وقتت البينتان فى العقار ولم تثبتا قبضا ووقت الخارج اسبق يقضى لذى اليد عندهما فيجعل كأن الخارج اشترى اولا ثم باع قبل القبض من ذى اليد وهو جائز فى العقار عندهما وعند محمد رحمه الله تعالى يقضى للخارج اذ لا يصح عنده بيعه قبل القبض فيبقى على ملكه وان اثبتا قبضا قضى لذى اليد بالاجماع لكون البيعين جائزين على القولين وان كان وقت ذى اليد اسبق قضى للخارج فيجعل كأن ذا اليد اشترى وقبض ثم باع ولم يسلم اوسلم ثم وصل اليه بسبب آخر (ولم يرجح بكثرة الشهود والاعدلية) يعنى اذا اقام احد المدعيين شاهدين والآخر اربعة مثلا او احدهما عدلين والآخر اعدلين فهما سواء اما الاول فلان الترجيح لا يقع بكثرة العلل حتى لا يترجح القياس بقياس آخر وكذا الحديث واما الثانى فلان المعتبر فى الشاهد اصل العدالة ولا حد للاعدلية فلا يقع الترجيح بها (ادعى احد خارجين نصف دار والآخر كلها) يعنى اذا كانت دار فى يد رجل ادعاها اثنان احدهما كلها والآخر نصفها (وبرهنا فالربع للاول والباقى) وهو ثلاثة الارباع (للثانى) عند ابى حنيفة رحمه الله تعالى فان صاحب النصف لا ينازع الآخر فى النصف فسلم له وصارت منازعتهما فى النصف الآخر فينصف بينهما وعندهما هى بينهما اثلاثا فمدعى الجميع يأخذ سهمين ومدعى النصف سهما واحدا فتقسم بينهما اثلاثا (وان كان) اى الدار (معهما) اى فى ايديهما (فهى للثانى) وهو مدعى الكل لانه اذا برهن كان نصفها له على وجه القضاء وهو الذى كان بيد صاحبه اذا اجتمع فيه بينة الخارج وبينة ذى اليد وبينة الخارج اولى فقضى له بذلك ونصفها لا على وجه القضاء وهو الذى كان بيده لان صاحبه لم يدعه ولا قضاء بلا دعوى فيترك فى يده (برهنا على نتاج دابة) اى تنازعا فى دابة واقام كل منهما البينة انها نتجت عنده او عند بائعه (مطلقا) اى سواء كانت فى ايديهما او فى يد احدهما او فى يد ثالث لان المعنى لا يختلف ذكره الزيلعى (وارخا قضى لمن وافق سنها وقته) بشهادة الظاهر (وان اشكل) اى سن الدابة بان لم يوافق التاريخين (فلهما) اى قضى لهما بهما لان احدهما ليس بأولى من الآخر (ان لم يكن فى يد احدهما فقط) بان كانا خارجين والدابة فى يد ثالث او فى يديهما (والا) اى وان كانت فى يد احدهما (فله) اى قضى بها لذى اليد لان الامر لما اشكل سقط التاريخان فصار كأنهما لم يؤرخا ذكره الزيلعى (وان خالف) اى سنها (الوقتين) بطلت

(قوله وعند محمد يقضى بالبينتين) يعنى ان ذكروا القبض وتمامه فى التبيين (قوله بأن يجعل ذواليد كأنه اشترى من الآخر وقبض ثم باع) يعنى من الآخر ولم يقبضه فيؤمر بالدفع اليه لان القبض دليل الشراء ﴿ ٣٤٨ ﴾ (قوله ولهما ان الاقدام) عبارة الكافى والتبيين ان الاقرار قوله فصار كما اذا قامتا على اقرارين) اى اقرار كل بملك الآخر (قوله وفيه التهاتر بالاجماع) اى لتعذر الجمع بينهما (قوله ادعى احد خارجين نصف دار الخ) الخلاف باعتبار القسمة بطريق المنازعة او العول وذلك فى التبيين وتمامه فى شرح الزيادات لقاضيخان (قوله بشهادة الظاهر) يعنى ظهور الصدق لموافقة تاريخه سنها (قوله والا اى وان كانت فى يد احدهما فله) اى وسنها مشكل كما ذكر وان كان سنها بين وقت الخارج وذى اليد قبل عامة المشايخ تهاتر البينتان وتترك الدابة فى يد ذى اليد كما فى العناية (قوله وان أشكل اى سن الدابة بأن لم يوافق التاريخين) فيه تأمل والذى ينبغى تفسير الاشكال به عدم معرفة سنها واشتباهه بكل من التاريخين لان الاشكال عدم الخلوص وعدم موافقة سنها للتاريخين يصدق بما اذا كان معلوما وهو غيرهما فهو غير مشكل (قوله فلهما) كذا ذكره الزيلعى وغيره من غير ذكر خلاف وقال فى البدائع وان اختلفا بحكم سن الدابة ان علم وان اشكل فعند ابى حنيفة يقضى لاسبقهما وقتا وعندهما يقضى بينهما وجه قولهما ان السن المشكل يحتمل ان يكون موافقا لوقت هذا ويحتمل ان يكون موافقا لوقت ذاك فسقط اعتبار الوقت وصار كأنهما سكتا عن الوقت اصلا وجه قول ابى حنيفة ان وقوع الاشكال فى السن يوجب سقوط اعتبار حكم السن فبطل تحكيمه فبقى الحكم للوقت فالاسبق اولى وهذا يشكل بالخارج مع ذى اليد اه (قوله وان خالف اى سنها الوقتين بطلت البينتان الخ) محصله اختلاف التصحيح فان بطلان (البينتان) البينتين وتركها بيد ذى اليد قال به صاحب الهداية والكافى وهو المذكور فى كافى الحاكم قال وهو الصحيح ووجهه ان سن الدابة

البينتان لظهور كذب الفريقين فيترك في يد من كانت في يده كذا في الهداية والكافي قال الزيلعي الاصح انهما لا يبطلان بل يقضى بهاثيهما ان كانا خارجين اوكانت في ايديهما وان كانت في يد احدهما يقضى بها لذى اليد لان اعتبار ذكر الوقت لحقهما وحقهما هنا في اسقاط اعتباره لان في اعتباره اسقاط حقهما فلا يعتبر فصار كانهما ذكرا النتاج من غير تاريخ وفيه صاحب اليد اولى ان كانت في يد احدهما والا فلا فهى بينهما كما اذا اشكل في موافقة سنها احد التاريخين وهكذا ذكره محمد رحمه الله والاول ذكره الحاكم وهو قول بعض المشايخ وليس بشيء ولهذا قلت (كانت لهما) يشتركان فيها (يقضى بها لو) كان المدعيان (خارجين اوذوى يد ولو في يد احدهما كانت له) لما ذكر (برهن احدهما على غصب شيء والآخر على ايداعه نصف) اى اذا كانت عين في يد رجلين فبرهن احدهما على الغصب والآخر على الوديعة يقضى بها بينهما نصفين لان الوديعة تصير غصبا بالجحود حتى يجب عليه الضمان ولا يسقط بالرجوع الى الوفاق بخلاف ما اذا خالف بالفعل بلا جحود ثم عاد الى الوفاق كما تقرر في موضعه (ادعى الملك في الحال وشهد الشهود انه كان ملكه تقبل) يعنى اذا ادعى الملك في الحال واشهد الشهود ان هذا العين كان ملكه تقبل لان شهادتهم تثبت الملك في الحال والماضى وما ثبت في زمان يحكم ببقائه ما لم يوجد المزيل كذا في العمادية نقلا عن المحيط (الراكب واللابس اولى من آخذ اللجام والكم) اى اذا تنازعا في دابة احدهما راكبها والآخر متعلق بلجامها او تنازعا في ثوب احدهما لابسه والآخر متعلق بكمه كان الراكب واللابس اولى من المتعلق باللجام والكم لان تصرفهما اظهر لاختصاصه بالملك فكانا صاحبي يد والمتعلق خارج وذو اليد اولى واما اذا اقاما البينة فبينة الخارج اولى لما مر مرارا (ومن في السرج) اولى (من رديفه) لان تمكنه من ذلك الموضع دليل على تقدم يده بخلاف ما اذا كانا راكبين على السرج حيث يكون بينهما لاستوائهما في التصرف ولو تعلق احدهما بذنبها والآخر ممسك لجامها كان للممسك اذ لا يمسك اللجام غالبا الا المالك بخلاف المتعلق بالذنب (وذو حملها اولى من متعلق كوزه) اى اذا تنازعا في دابة وعليها حمل لاحدهما وللآخر كوز فالاول اولى لانه اكثر تصرفا فيها (وينصف البساط بين جالسه والمتعلق به) بحكم الاستواء بينهما لا بطريق القضاء لان الجلوس ليس بيد عليه بل اليد تكون بكونه في بيته او نقله من موضعه بخلاف الركوب واللبس حيث يكون بهما غاصبا لثبوت يده عليه ولا يصير غاصبا بالقعود على البساط (كن معه) اى في يده (ثوب وطرفه مع الآخر) حيث ينصف بينهما لان يد كل منهما ثابت فيه وان كان يد احدهما في الاكثر ولا يرجح به لما مر ان الترجيح لا يكون بالكثرة (لا هدبته) اى لا يكون هدبته مع الآخر حتى لو كانت معه لا يوجب التنصيف لانها ليست بثوب لانها غير منسوجة فلم يكن في يده شيء من الثوب فلا يزاحم الآخر (بخلاف جالسى دار اذا تنازعا فيها) حيث لا يقضى بها بينهما

اذا خالف الوقتين فقد تيقنا بكذب البينتين والتحقنا بالعدم فيترك المدعى في يد صاحب اليد كما كان اه وقال الزيلعي الاصح عدم بطلان البينتين كما قاله المصنف وبعض اصحابنا جمع بين الروايتين وقال يجب ان يزاد فيقال فان كان سنها مخالف الوقتين كانت مشكلة وكانت بينهما كما في السراج اه ولكن عليه تبقى صورة مخالفة الوقتين ضائعة اذا لم يثبته السن ثم لا يخفى ما في كلام المصنف فان اوله ظاهر المشى في على ما في الهداية وصرح آخره بخلاف مشيا على ما قاله الزيلعي وكان ينبغي له ان يجعل العبارة هكذا وان خالف سنها الوقتين قال في الهداية والكافي بطلت البينتان وقال الزيلعي الاصح انهما لا يبطلان الى ان يقول ولهذا قلت كانت بينهما يشتركان فيها الخ (قوله ادعى الملك في الحال) ليس من هذا الباب (قوله واللابس اولى) قال الشيخ قاسم فيقضى له قضاء ترك لا استحقاق حتى لو اقام الآخر البينة بعد ذلك يقضى له (قوله ومن في السرج اولى من رديفه) نقل الناطفى هذه الرواية عن النوادر وفي ظاهر الرواية هي بينهما نصفان بخلاف ما اذا كانا راكبين في السرج فانها بينهما قولا واحدا كما في العناية اه ويؤخذ منه اشتراكهما اذا لم تكن مسرجة (قوله وذو حملها اولى من معلق كوزه) احترازا عما لو كان له بعض حملها اذ لو كان لاحدهما من وللآخر مائة من كانت بينهما كما في التبيين (قوله بخلاف جالسى دار الخ) كذا قال في العناية ويخالفه ما في البدائع لو ادعيا دارا واحدهما ساكن فيها فهى للساكن وكذلك لو كان احدهما احدث فيها شيأ من بناء او حفر فهى لصاحب البناء والحفر ولو لم يكن شيء من ذلك ولكن احدهما

لا بطريق الشرك ولا بغيره لان الجلوس لا يدل على الملك (الحائط لمن جزوعه عليه اومتصل به اتصال تربيع) الاتصال نوعان احدهما اتصال ملازقة وهو ان يلازق احد الطرفين بالآخر والثانى اتصال تربيع وهو ان يكون لبنات الحائط المتنازع فيه متداخلة فى اتصال لبنات الحائط الذى لا نزاع فيه وان كان الحائط من خشب فالتربيع ان يكون اطراف خشبات احدهما مركبة فى الاخرى وهذا هو المراد ههنا لانه شاهد ظاهر لصاحبه لان الظاهر انه هو الذى بناه مع حائطه اذ المداخلة اتصال الابنات واطراف الخشبات لا تتصور الا عند بناء الحائطين معا فكان اولى وكذا اذا كان لاحد المتنازعين جذوع على الحائط كان له لان صاحب الجذوع مستعمل للحائط بما وضع له الحائط وهو وضع الجذوع عليه (لا لمن عليه هرادى) وهى خشبات توضع على الجذوع ويلقى عليها التراب فانها غير معتبرة وكذا البوارى لانه لم يكن استعمالا له وضعا اذ الحائط لا يبنى لها بل للتسقيف وهو لا يمكن على الهرادى والبوارى (بل بين الجارين لو تنازعا) يعنى اذا تنازعا فى حائط ولاحدهما عليه هرادى وليس للآخر عليه شئ فهو بينهما اذ لا يختص به صاحب الهرادى (وذو بيت من دار كذى بيوت منها فى حق ساحتها) يعنى اذا كان بيت من دار فيها بيوت كثيرة فى يد زيد والبيوت الباقية فى يد بكر (فهى) اى الساحة (تكون بينهما) حال كونها (نصفين) لاستوائهما فى استعمالها وهو المرور فيها والتوضئ وكسر الحطب ووضع الامعة ونحو ذلك فصارت نظير الطريق (بخلاف الشرب) اذا تنازعا فيه (فانه بقدر الارض) اى يقسم بينهما بقدر ارضيهما لان الشرب يحتاج اليه لاجل سقى الارض فعند كثرة الاراضى تكثر الحاجة اليه (برهنا) اى خارجان على يد (فى ارض) اى على ان لكل منهما يدا فيها (قضى بيدهما) لان اليد فيها غير مشاهد لتعذر احضارها والبينة تثبت ما غاب عن علم القاضى ولو برهن عليه احدهما اوكان تصرف فيها) بان لبن فيها او بنى اوحفر (قضى بيده) اما الاول فلقيام الحجة فان اليد حق مقصود واما الثانى فلوجود التصرف والاستعمال فيها (صبى يعبر) اى يتكلم ويعلم ما يقول (قال انا حر فالقول له) لانه اذا كان يعبر عن نفسه فهو فى يد نفسه فلا تقبل دعوى احد عليه انه عبده عند انكاره الا ببينة كالبالغ فان قال انا عبد فلان) وهو غير ذو اليد (فهى لمن معه) يعنى ذا اليد لانه اقر انه لا يد له حيث اقر على نفسه بالرق فكان ملكا لمن فى يده كالقماش فان قيل الاقرار بالرق ضار فكان الواجب ان لا يعتبر فى حق الصبى قلنا الرق لم يثبت بقوله بل بدعوى ذى اليد لعدم المعارض لدعوى الحرية لانه لما صار فى يد المدعى بقى كالقماش فى يده فيقبل اقراره عليه (فلو كبر وادعى الحرية يسمع) اى ادعاؤه (بالبينة) لان التناقض فى دعوى الحرية لا يمنع صحة الدعوى كما سيأتى تحقيقه ان شاء الله تعالى

﴿ باب دعوى النسب ﴾

اعلم ان الدعوى نوعان احدهما دعوة الاستيلاد وهو ان يكون العلوق فى ملك المدعى والثانى دعوة التحرير وهى ان لا يكون العلوق فى ملك المدعى والاول

(اولى)

داخل فيها والآخر خارج منها فهى بينهما وكذلك لو كانا جيافيها لان اليد على العقار لا تثبت بالكون فيها وانما تثبت بالتصرف اه ﴿ تنبيه ﴾ قال فى البدائع كل موضع قضى بالملك لاحدهما لكون المدعى فى يده تجب عليه اليمين لصاحبه اذا طلب فان حلف برئ وان نكل يقضى عليه بالنكول اه (قوله الحائط لمن جزوعه عليه) مبسوطة فى التبيين (قوله برهنا على يد فى ارض) اشاره الى ان اليد لا تثبت فى العقار بالتصادق وكذا بالنكول عن اليمين ولو نكلا جعل فى يد كل منهما نصفها الذى فى يد صاحبه لصحة اقراره فى حق نفسه وان حلفا جميعا لم يقض باليد لهما فيها وبرئ كل عن دعوى صاحبه كما فى التبيين

(قوله باب دعوى النسب) هذه الترجمة بنسخة المحشى التى بايدينا وانظر ما وجه سقوطها وحرر اه «مصححه»

اولى لانه اسبق لاستنادها الى وقت العلوق واقتصار دعوة التحرير على الحال وسيأتى توضيحه (باع امة فولدت لاقل من ستة اشهر مذ بيعت فادعاه ثبت نسبه وامينها) وقال زفر والشافعى لا يثبت لان بيعه اقرار منه بانها امة فبالدعوة يصير مناقضا ولنا ان مبنى النسب على الخفاء فيعفى فيه التناقض كما سيذكر فتقبل دعوته اذا تيقن بالعلوق فى ملكه بالولادة للاقل فانه كالبينة العادلة فى اثبات النسب منه اذ الظاهر عدم الزنا منها وامر النسب على الخفاء فقد يظن المرء ان العلوق ليس منه ثم يظهر انه منه فكان عذراله فى اسقاط اعتبار التناقض واذا صحت الدعوة استندت الى وقت العلوق فيظهر انه باع ام ولده (فيفسخ البيع) لعدم جواز بيع ام الولد (ويرد الثمن) لان سلامة الثمن مبنية على سلامة المبيع بخلاف دعوى اب البائع لعدم انعقاد العلوق على ملكه اذا كان له حق التملك على ولده وقد زال ذلك بالبيع (وان ادعاه المشترى قبله ثبت) اى نسبه (منه) ويحمل على انه نكحها واستولدها ثم اشتراها (ولو) ادعاه (معه) اى مع البائع (او بعده لا) اى لا يثبت نسب المشترى لان دعوة البائع دعوة استيلاد لكون اصل العلوق فى ملكه ودعوة المشترى دعوة تحرير اذ اصل العلوق لم يكن فى ملكه والاولى اقوى كما مر (كذا) اى يثبت النسب من البائع (ان ماتت الام) فادعاه البائع وقد ولدت للاقل ويأخذه ويسترد المشترى كل الثمن لان الولد هو الاصل فى النسب منه لانها تستفيد الحرية منه الا يرى الى قوله عليه الصلاة والسلام اعتقها ولدها فالثابت لها حق الحرية وله حقيقة الحرية والحقيقة اقوى من الحق فيستتبع الادنى ولا يضره فوات التبع (بخلاف الولد) فانه اذا مات دون الام فادعاه البائع وقد ولدت للاقل لم يثبت نسبه لاستغنائه بالموت عن النسب ولم تصر ام ولده لان الاستيلاد فرع النسب فلو ثبت لكان اصلا وهو باطل بخلاف بيعه فانه اذا باع عبدا ولد عنده ثم باعه المشترى من آخر ثم ادعاه البائع الاول انه ابنه فهو ابنه ويبطل البيعان لان اتصال العلوق بملكه كالبينة العادلة والبيع يحتمل النقض وماله من حق الدعوة لا يحتمله فينتقض البيع لاجله (واعتاقهما) اى اعتاق المشترى الام والولد (ككونهما) حتى لو اعتق الام لا الولد فادعى البائع الولد انه ابنه صحت دعوته ويثبت نسبه منه ولو اعتق الولد لا الام لم تصح دعوته لا فى حق الولد ولا فى حق الام اما الاول فلانها ان صحت بطل اعتاقه والعتق بعد وقوعه لا يحتمل البطلان واما الثانى فلانها تبع له فاذا لم تصح فى حق الاصل لم تصح فى حق التبع ضرورة (والتدبير كالاعتاق) لانه ايضا لا يحتمل النقض لثبوت بعض آثار الحرية كامتناع التمليك للغير وفيما اذا اعتق المشترى الام او دبرها يرد البائع على المشترى حصته من الثمن عندهما وعنده يرد كل الثمن فى الصحيح كما فى الموت كذا ذكر فى الهداية وذكر فى المبسوط يرد حصته من الثمن لا حصتها بالاتفاق وفرق على هذا بين الموت والعتق بان القاضى كذب البائع فيما زعم حيث جعلها معتقة من المشترى فبطل زعمه ولم يوجد التكذيب فى فصل الموت فيؤاخذ بزعمه فيسترد بحصتها ايضا كذا فى الكافى (ولو ولدت لاكثر من سنتين)

(قوله وفيما اذا اعتق المشترى الام اودبرها الخ) كذا نقل الزيلعى عن المبسوط الاجماع على ان البائع يرد ما يخص الولد خاصة ولا يرد ما يخص الام فيما اذا اعتق الام ثم قال ومن المشايخ من قال يرد البائع جميع الثمن هنا عند ابى حنيفة كما فى فصل الموت لان ام الولد لا قيمة لها عنده ولا تضمن بالعقد فيؤاخذ بزعمه واليه مال صاحب الهداية وصححه وهو يخالف الرواية وكيف يقال يسترد جميع الثمن والبيع لم يبطل فى الجارية حيث لم يبطل اعتاقه بل يرد حصة الولد فقط بان يقسم الثمن على قيمتهما يعتبر قيمة الام يوم القبض لانها دخلت فى ضمانه بالقبض وقيمة الولد يوم الولادة لانه صار له القيمة بالولادة فيعتبر قيمته عند ذلك اه (قوله ولو ولدت لاكثر من سنتين من وقت البيع لم تصح دعوة البائع) كذا لو ولدت لتمام سنتين اذ لم يوجد اتصال العلوق بملكه يقينا وهو الشاهد والحجة

(قوله وصدقه المشترى ثبت النسب) لا يخفى ما فى التركيب من السقط واستقامته ان يزاد لفظة ان فتكون العبارة هكذا وان صدقه المشترى ثبت النسب (قوله وكانت ام ولده نكاحا هى امة ولدت من زوجها فملكها) فيه نظر اذ لو ثبت امومتها كما ذكر لحكم بنقض بيعها ولا ينقض والصواب ما قال فى الكافى ولو ولدت

لاكثر من سنتين من وقت البيع ردت دعوة البائع الا اذا صدقه المشترى فيثبت النسب منه ويحتمل ان البائع استولدها بحكم النكاح حملا لامره على الصلاح ويبقى الولد عبد المشترى ولا تصير الامة ام ولد للبائع كالو ادعاه اجنبى آخر لان تصادقهما ان الولد من البائع لا يثبت كون العلوق فى ملكه لان البائع لا يدعى ذلك وكيف يدعى والولد لا يبقى فى البطن اكثر من سنتين فكان حادثا بعد زوال ملك البائع واذا لم يثبت العلوق فى ملك البائع لا يثبت حقيقة العتق للولد ولا حق العتق للامة ولا يظهر بطلان البيع ودعوة البائع هنا دعوة تحرير وغير المالك ليس باهل لها اه (قوله او امة ملكها زوجها فولدت فادعى الولد) ليس سديد الانها اذا ولدت بعد الشراء لاقل من ستة اشهر لا يحتاج الى دعوة الولد بل تصير ام ولد ويثبت النسب وان لم يدعه واذا ولدت لاكثر من ستة اشهر من وقت الملك فادعاه كانت ام ولد بالملك لا بالنكاح (قوله يعنى ثبت نسبه وامية) اى لامكان ان يكون العلوق فى ملك البائع وكانت دعوة استيلاد وهذا اذا حصل التصادق ولو تنازعا فالقول للمشترى بالاتفاق والبينة للمشترى عند ابى يوسف وعند محمد البينة للبائع (قوله علوقهما وولادتهما عنده) اى فى ملكه اشاربه الى انه لو لم يكن اصل العلوق فى ملكه والصورة بحالها وقد اعتق المشترى ما اشتراه لا يبطل عتقه كما فى الكافى والتبيين (قوله كذا فى العمادية) اى كذا ذكر التعليل والتقييد اما لفظ المسئلة فسيذكره بعد ورقة ونصف حكاية عن العمادية والاسروشنية (قوله (تصديقه) وقالا ان جحد زيد بنوته فهو ابن للمولى) لم يشترط كونه فى يده اشارة الى ان ما وقع فى الكافى من التقييد به ليس احترازيا ولفظه رجل فى يده صبى فقال هو ابن عبدى الخ وقال الزيلعى لا يشترط لهذا الحكم ان يكون الصبى فى يده واشتراطه فى الكتاب وقع اتفاقا

من وقت البيع (لم تصح دعوة البائع) اذ لم يوجد اتصال العلوق بملكه يقينا وهو الشاهد والحجة (وصدقه المشترى) اى صدق المشترى البائع (ثبت النسب) اذ عدم ثبوته لرعاية حقه واذا صدقه زال ذلك المانع (ولم يبطل بيعه) للجزم بان العلوق ليس فى ملكه فلا تثبت حقيقة الملك العتق ولا حقه لانه دعوة تحرير وغير المالك ليس من اهله (وكانت ام الولد نكاحا) هى امة ولدت من زوجها فملكها او امة ملكها زوجها فولدت فادعى الولد (ولو ولدت فيما بين الاقل والاكثر وصدقه) اى المشترى (كان الحكم كالاول) يعنى يثبت نسبه وامية ويفسخ البيع ويرد الثمن ثم لما بين حكم ولد امة ولدت بعدما باعها ثم ادعاه اراد ان يبين حكم ولد ولد عنده بقوله (باع المولود عنده فادعاه بعد بيع مشتريه ثبت نسبه ورد بيعه) لان اتصال العلوق بملكه كالبينة كامر والبيع يحتمل النقض وماله من حق دعوة لا يحتمله فينتقض البيع لاجله (كذا لو كاتب الولد او رهنه وآجره او) كانت (الام او رهنها او آجرها ثم زوجها ثم ادعاه) حيث يثبت النسب ويرد هذه التصرفات بخلاف الاعتاق على مامر (باع احد توامين) وهما ولدان بين ولادتهما اقل من ستة اشهر فيكونان من ماء واحد اذ يتصور كون علوق الثانى حادثا اذ لا حبل اقل من ستة اشهر والعلوق على العلوق متعذر لانها اذا حبلت ينسد فم الرحم واذا كان كذلك فاذا ادعى نسب احدهما يثبت نسبهما منه لانهما لا ينفصلان نسبا فثبوت نسب احدهما يستلزم ثبوت نسب الآخر (علوقهما وولادتهما عنده واعتقه مشتريه ثم ادعى البائع الآخر ثبت نسبهما منه وبطل عتق المشترى) لان الذى عنده ظهر انه حر الاصل فاقتضى كون الآخر ايضا كذلك لاستحالة كون احدهما حر الاصل والآخر رقيقا وقد خلقا من ماء واحد وكان هذا نقض الاعتاق بامر فوقه وهو حرية الاصل (قال لصبى هذا الولد منى ثم قال ليس منى ثم قال هو منى يصح) اذ بالاقرار بانه ابنى تعلق حق المقر والمقر له اما حق المقر له فانه يثبت نسبه من رجل معين حتى ينتفى كونه مخلوقا من ماء الزنا فاذا قال ليس هذا الولد منى لا يملك ابطال حق الولد فاذا عاد الى التصديق يصح ولو قال هذا الولد منى ثم قال ليس منى لا يصح النفى لان النسب ثبت واذا ثبت النسب لا ينتفى بالنفى وهذا اذا صدقه الابن اما بغير التصديق فلا يثبت النسب لانه اقرار على الغير بانه جزء منه لكن اذا لم يصدقه الابن ثم عاد الى التصديق ثبت النسب لان اقرار الاب لم يبطل بعدم تصديق الابن فثبت النسب ولو انكر الاب الاقرار فاقام الابن البينة انه اقر انى ابنه يقبل بينة والاقرار بانه ابنى مقبول لانه اقرار على نفسه بانه جزؤه اما الاقرار بانه اخوه لا يقبل لانه اقرار على الغير كذا فى العمادية (قال له) اى لصبى (هو ابن زيد ثم قال هو ابنى لم يكن ابنه وان) وصلية (جحد زيد بنوته) هذا عند ابى حنيفة وقالا اذا جحد زيد بنوته فهو ابن المولى واذا صدقه زيد او لم يدر

تصديقه ولا تكذيبه لم تصح دعوة المقر عندهم لهما ان الاقرار ارتد برد زيد فصار كان لم يكن والاقرار بالنسب يرتد بالرد وان لم يحتمل النقض وله ان النسب لا يحتمل النقض بعد ثبوته والاقرار بمثله لا يرتد بالرد اذ تعلق به حق المقر له حتى لو صدقه بعد التكذيب يثبت النسب منه وايضا تعلق به حق الولد فلا يرتد برد المقر له (قال له) اى لصبى كان فى يد مسلم وكافر (مسلم هو عبدى وكافر هو ابنى كان ابنا وحرا ان ادعيا معا) لانه يكون حرا حالا ومسلما مآلا لظهور دلائل التوحيد لكل عاقل وفى العكس يثبت الاسلام تبعا ولا يحصل له الحرية مع عجزه عن تحصيلها (وان سبق دعوى المسلم كان عبداله) كذا فى النهاية وان ادعيا البنوة كان ابنا للمسلم لاستوائهما فى دعوى البنوة ويرجح المسلم بالاسلام وهو اولى للصبى لحصول الاسلام له حالا تبعا لابيه (قال زوج امرأة لصبى معهما هو ابنى من غيرها وقالت ابنى من غيره فهو ابنهما لو كان غير معبر والا) اى وان كان معبرا (فهو لمن صدقه) لان كلا منهما اقر للولد بالنسب وادعى ما يبطل حق صاحبه فصح اقرارهما له ولا يبطل حق صاحبه بمجرد قوله ولا يترجح احدهما على الآخر لاستواء ايديهما فيه وقيام ايديهما عليه وقيام الفراش بينهما دليل ظاهر على انه منهما (ادعت ذات زوج بنوة صبى لم يجز حتى تشهد امرأة على الولادة) لانها تدعى تحميل النسب على الغير فلا تصدق الا بحجة بخلاف ادعاء الرجل فان فيه تحميل النسب على نفسه ثم شهادة القابلة حجة فيها لان الحاجة الى تعيين الولد اذ النسب يثبت بالفراش القائم (وان كانت معتدة لزم حجة تامة) عند ابى حنيفة رحمه الله تعالى وهى رجلان او رجل وامرأتان الا اذا كان هناك حبل ظاهر او اعترف من قبل الزوج وقالا يكفى فى الجميع شهادة امرأة واحدة وقدمر فى الطلاق (ولولا النكاح والعدة كان ابنها) اى ان لم تكن ذات زوج ولا معتدة يثبت النسب منها بقولها لان فيه الزاما على نفسها كما فى الرجل (ولدت امة تزوجها) اى رجل (على انها حرة او اشتراها او اتهبها واستحقت) يعنى من وطى امرأة معتمدا على ملك يمين او نكاح فولدت ثم استحقت الوالدة (غرم الاب قيمة الولد) باجماع الصحابة رضوان الله تعالى عليهم اجمعين ولان النظر من الجانبين واجب فيجعل الولد حر الاصل فى حق ابيه ورقيقا فى حق مدعيه نظرا لهما ثم الولد حاصل فى يده بلا تعد منه فلا يضمنه الا بالمنع كما فى ولد المغصوبة فلذا يعتبر قيمته (يوم يخاصم) لانه يوم المنع (وهو حر) لامرانه خلق من ماء الحر ولم يرض الوالد برقيته كما رضى فى الامة المنكوحة (وان مات فلا شئ على ابيه) لانعدام المنع (وورثه) اى يكون الاب وارثا له لانه حر الاصل فى حق ابيه فما ترك يكون ميراثا لابيه (وان قتله ابوه او) قتله (غيره واخذ) اى ابوه (ديته غرم) اى ابوه (قيمته) فى الصورتين اما فى الاولى فتحقق المنع من الاب بقتله واما فى الثانية فلسلامة الولد له اذ الدية بدل المحل شرعا فصار الولد سالما له بسلامتها فيغرم قيمته للمستحق كما لو كان حيا (ورجع بها) اى بالقيمة التى ضمنها (كثمنها) اى كما

(قوله اذ تعلق به حق المقر له) يشير الى ان ولد الملاعن لا يثبت نسبه من غيره لتعلق حقه به بتكذيب نفسه (قوله اى لصبى كان فى يد مسلم وكافر) صرح به شرحا لعدم علمه ﴿ ٣٥٣ ﴾ من المتن (قوله ادعت ذات زوج) اوردها وان تقدمت فى الطلاق تبعا للهداية والكافى واقتصر على ذكره فى الطلاق صاحب الكنز (قوله ولولا النكاح والعدة كان ابنها) كذا فى الكافى ثم قال ومن المشايخ من اجرى المسئلة على اطلاقها وردقولها وان لم تكن ذات زوج (قوله ولدت امة تزوجها على انها حرة) قال الزيلعى ثم هذا الغرور ان كان فى ملك اليمين فظاهر انه فى ثبوت الحرية للولد اه وان كان فى النكاح فان القاضى يقضى بها وبولدها للمستحق عند اقامة المستحق البينة انها له لانه ظهر له انها للمستحق وفرعها يتبعها الا اذا اثبت الزوج انه مغرور بان يقيم البينة انه تزوجها على انها حرة فيثبت حرية الاصل للاولاد اه (قوله فلا يعتبر قيمته يوم يخاصم) لانه يوم المنع كذا فى التبيين والمراد بيوم التخاصم يوم القضاء لان عبارة الزيلعى يضمن الاب قيمته يوم الخصومة لانه يوم المنع او التحول من العين الى القيمة لانه علق رقيقا فى حق المولى كان حقه عين الولد وانما يتحول الى القيمة بالقضاء فتعتبر قيمته وقت التحول اه ولما قال قاضى زاده ذكر فى شرح الطحاوى يغرم قيمة الولد يوم القضاء اه (قوله وان مات فلا شئ على ابيه) يعنى لو مات قبل الخصومة كما فى التبيين (قوله او قتله غيره واخذ اى ابوه ديته غرم قيمته) يشير الى انه لو لم يأخذ شيئا لا يغرم شيئا ولو قبض قدر قيمة المقتول او بعضها قضى عليه بما قبض كما فى التبيين (قوله ورجع بها) اى بقيمته التى ضمنها يعنى فى صورة قتل الاب اما اذا قتله الاب كيف يرجع بما غرم وهو ضمان اتلافه وقد صرح الزيلعى (درر ٥٤ نى) بذلك اى بالرجوع فيما اذا قتله غيره وبعدمه بقتله اه ولا فرق بين كونها باقية فاخذها المستحق لها او ماتت عند المشترى وضمن قيمتها فيرجع بثمنها على بائعه وبقيمة الولد ولو زوجها له احد على انها حرة فاستحقت ضمن له قيمة ولد

يرجع بثمن الجارية (على بائعه) اى بائع الولد بتبع امه لانه ضمن سلامته لانه جزء المبيع والبائع يضمن للمشترى سلامة المبيع بجميع اجزائه لان الغرور يشملها (لا بالعقر) اى لا يرجع به عليه لانه لزمه باستيفاء منافعها وهى ليست من اجزاء المبيع فلم يكن البائع ضامنا لسلامته

فصل

(الاستشراء والاستيهاب والاستيداع والاستئجار) اى طلب شراء شئ من غيره وطلب هبته منه وطلب ايداعه عنده وطلب اجارته له (يمنع دعوى الملك) للطالب لان كلا منها اقرار بان ذلك الشئ ملك لذى اليد فيكون الطلب بعده تناقضا (والاستنكاح فى الامة يمنعها) اى دعوى الملك (وفى الحرة) يمنع (دعوى النكاح) كذا فى مجمع الفتاوى (ادعى) على آخر (مالا فقال الخصم) اى المدعى عليه على وجه الدفع (ابرأتنى عن دعواه وبرهن فادعى ثانيا انه) اى المدعى عليه (اقر بعد الابراء فلو كان قال) اى الخصم (ابرأتنى وقبلته او قال صدقته فى ذلك لم يصح دفع الدفع) يعنى دعوى الاقرار وان لم يكن قال قبلت الابراء صح لانه اذا لم يقل ذلك جاز ان يكون المال عليه لرده الابراء لانه يرتد بالرد بخلاف ما اذا قال قبلت الابراء لانه بعد القبول لا يرتد بالرد كذا فى الفتاوى الظهيرية (ادعى) رجل (على آخر مالا فقال اى الآخر (ما كان لك على شئ قط) معناه نفى الوجوب عليه فى الماضى على سبيل الاستغراق (فبرهن) اى المدعى (على الف وبرهن المنكر على القضاء او الابراء قبل هذا) اى صار برهان المنكر مقبولا وقال زفر لا يقبل لان القضاء يتلو الوجوب وقد انكره فكان مناقضا فى دعواه ولنا ان التوفيق ممكن لان غير الحق قد يقضى ويبرأ منه دفعا للخصومة (الا ان يزيد) اى المدعى عليه بان يقول (ولا اعرفك) وما شابهه كقوله ولا رأيتك ولا جرى بينى وبينك مخالطة فلا تقبل بينته على القضاء ولا على الابراء لتعذر التوفيق اذ لا يكون بين اثنين اخذ واعطاء وقضاء واقتضاء ومعاملة بلا اختلاط ومعرفة (وقيل يقبل به ايضا) نقل القدورى عن اصحابنا انه ايضا يقبل لان المحتجب او المخدرة قد يؤذى بالشغب على بابه فيأمر بعض وكلائه بارضائه ولا يعرفه ثم يعرفه فكان التوفيق ممكنا قالوا وعلى هذا اذا كان المدعى عليه ممن يتولى الاعمال بنفسه لا تقبل البينة وقيل تقبل البينة على الابراء فى هذا الفصل باتفاق الروايات لانه يتحقق بلا معرفة كذا فى العناية وقال فى القنية المدعى عليه قال للمدعى لا اعرفك فلما اثبت الحق بالبينة ادعى الايصال لا تسمع ولو ادعى اقرار المدعى عليه بالوصول او الايصال تسمع (قال احد الورثة لا دعوى لى فى التركة لا يبطل دعواه) لان ما ثبت شرعا من حق لازم لا يسقط بالاسقاط كما لو قال لست انا ابنا للابى (قال لست انا وارث فلان ثم ادعى ارثه وبين الجهة صح) لما سيأتى ان التناقض فى موضع الخفاء لا يمنع صحة الدعوى (قال ذو اليد ليس هذا لى ونحوه) اى ليس ملكى او لا حق لى فيه ونحو ذلك (ولا منازع ثمة ثم ادعاه فقال ذو اليد هو لى صح) والقول قوله لان هذا الكلام لم يثبت حقا لاحد لان الاقرار للمجهول باطل والتناقض انما يبطل اذا تضمن ابطال

لانه صاحب علة فيضاف اليه الحكم بخلاف ما لو اخبره بحريتها او اخبرته هى وتزوجها من غير شرط الحرية حيث يكون الولد رقيقا ولا يرجع على المخبر بشئ لان الاخبار سبب محض ولو باعها المشترى من آخر فاستولدها الثانى ثم استحقت رجع الثانى على البائع الثانى بالثمن وقيمة ولده ورجع المشترى الاول على البائع الاول بالثمن ولا يرجع عليه بقيمة الولد عند ابى حنيفة وقالا يرجع عليه بقيمته ايضا كما فى التبيين (قوله لانه ضمن له سلامته لانه جزء المبيع الخ) يشير الى انه انما نزل الولد منزلة الجزء الموجود حالة البيع ليضمنه بائعه لسلامته بطريق استلزام سلامة الام والا فهو منعدم حقيقة وقت البيع فلا يدخل فى ضمان البائع لحدوثه والبائع انما يضمن سلامة الموجود

فصل

(قوله والاستئجار) منع الدعوى به اذا لم يدع ملكيتها بشراء وليه فى صغره كما سيذكره المصنف آخر الفصل (قوله يمنع دعوى الملك) اى لنفسه كون هذه الاشياء اقرارا بعدم الملك للمباشر متفق عليه واما كونها اقرارا بالملك لذى اليد ففيه روايتان على رواية الجامع يفيد الملك لذى اليد وعلى رواية الزيادات لا وهو الصحيح كذا فى الصغرى وفى جامع الفصولين صحح رواية افادة الملك فاختلف التصحيح للروايتين ويبنى على عدم افادته ملك المدعى عليه جواز دعوى المقر بها لغيره اه وقال فى جامع الفصولين الحاصل من جملة ما مر ان المدعى لو صدر عنه ما يدل على ان المدعى ملك المدعى عليه تبطل دعواه لنفسه ولغيره للتناقض ولو صدر عنه ما يدل على عدم ملكه ولا يدل على عدم ملك المدعى عليه يبطل دعواه لنفسه لا لغيره لانه اقرار لعدم ملكه لا بملك المدعى عليه ولو صدر عنه ما يحتمل الاقرار وعدمه فالترجيح بالقرائن والا (حق) فلا يكون اقرارا للشك اه (قوله ادعى على آخر مالا الخ) هذا على قول من اعتبر امكان التوفيق لا من شرط التوفيق كما فى جامع الفصولين

حق على احد (ولوكان ثمة منازع كان اقرارله في رواية) وهي رواية الجامع الصغير (وفي اخرى لا) وهي رواية دعوى الاصل لكن قالوا القاضي يسأل ذا اليد أهو ملك المدعى فان اقر به امره بالتسليم اليه وان امر المدعى باقامة البينة عليه (ولو قاله) اى قال ليس هذا لي ونحوه (الخارج لا يدعى) ذلك الشيء (بعده) للتناقض وانما لم يمنع ذا اليد على مامر لقيام اليد كذا في العمادية (ادعى زيد مالا ولم يثبت فادعاه على آخر لم تسمع) كذا في القنية (اقرار مال لغيره كما يمنع دعواه لنفسه يمنعها) اى دعواه (لغيره بوكالة او وصاية) يعنى اذا اقر رجل بمال انه لفلان ثم ادعاه لنفسه لم يصح وكذا اذا ادعاه بوكالة انه لموكله او وصاية انه لورثته موصيه لان فيه تناقضا لان المال الواحد لا يكون لشخصين في حالة واحدة (بخلاف ابرائه عن جميع الدعاوى ثم الدعوى بهما) اى بوكالة ووصاية حيث تصح لعدم التناقض لان ابراء الرجل عن جميع الدعاوى المتعلقة بماله لا يقتضى عدم صحة دعوى مال غيره على ذلك الرجل (ادعى دار النفسه ثم ادعى انها وقف عليه تسمع كدعواها له) اى لنفسه (ثم) دعواها (لغيره ولو عكس) اى ادعى انها وقف او لفلان ثم ادعى لنفسه (لم تجز في رواية) هي رواية قاضيخان (وجاز في) رواية (اخرى ان وفق) وهى رواية الذخيرة حيث قال فيه ومن ادعى لغيره بالوكالة او الوصاية ثم ادعى لنفسه لا تقبل الا ان يوفق فيقول كان لفلان ثم اشتريته منه و اقام البينة على ذلك فحينئذ تقبل (ادعى العصوبة) وبين النسب (وبرهن الخصم ان النسب بخلافه ان قضى بالاول لم يقض به والا تساقطا) للتعارض وعدم الاولوية (برهن انه ابن عمه لابيه وامه وبرهن الدافع انه ابن عمه لامه فقط او على اقرار الميت به) اى بانه ابن عمه لامه فقط (كان دفعا قبل القضاء بالاول لا بعده) لتأكده بالقضاء بخلاف الاولى (ادعى ميراثا بالعصوبة فدفعه ان يدعى خصمه قبل الحكم اقراره) مفعول يدعى (بانه من ذوى الارحام) اذ يكون حينئذ بين كلاميه تناقض (قال هذا الولد

(قوله كذا في العمادية) نقله صاحب جامع الفصولين ثم قال اقول ماقدمه اى العمادى في اقرار ذى اليد من ان الاقرار للمجهول باطل والتناقض انما يمنع الخ يأتى في اقرار المدعى ايضا فينبغى ان يتحد حكما والظاهر ان في اقرار المدعى خلافا يفصح عنه مامر في مر فان احدهما مخالف للآخر ويلوح لى ان الخلاف واقع فيما اذا اقر المدعى قبل التنازع اما لو قال مع وجود المنازع ينبغى ان تبطل دعواه وفاقا على عكس ذى اليد يعنى ان اقرار ذى اليد مع وجود المنازع خلافى ومع عدم المنازع لا تبطل دعواه وفاقا والفرق ان ذا اليد اذا اقر قبل الترك بطل اقراره اذ اليد دليل الملك فنفى الملك ذلك عن نفسه من غير اثباته لغيره لا يجوز فاما نفى ذى اليد ملكه وفاقا ولو اقر ذو اليد عند التنازع قيل انه اقرار للمدعى بدلالة النزاع وقيل انه لغو نظرا الى انه ملكه بدليل اليد والملك لا ينتفى بمجرد النفى وكذا لو اقر غير ذى اليد قبل النزاع قيل انه لغو نظرا الى جهالة المقر له ولا نزاع ليكون قرينة لتعين المقر له وقيل هو اقرار به لذى اليد بقرينة اليد ولو اقر غير ذى اليد عند النزاع ينبغى ان ينفذ اقراره وفاقا لانه نفى عن نفسه ملك غيره ظاهرا وهذا حق ظاهر انصرف الى انه قرار به لذى اليد وفاقا بقرينة اليد والنزاع هذا ماورد على الخاطر الفاتر في تحقيق هذا المرام على حسب ما اقتضاه الوقت والمقام والحمد لله ملهم الصواب ومسهل الصعاب اه (قوله ولو عكس اى ادعى انها وقف او لفلان ثم ادعى لنفسه لم يجز في رواية وهى رواية قاضيخان وجاز في رواية أخرى ان وفق الخ) لا يخفى ان العكس شامل لما اذا ادعى الوقف اولا ثم ادعاه لنفسه وليس فيما ذكره من السند ما يقتضى صحته ولا على رواية فان قوله وجاز في أخرى ان وفق وهى رواية الذخيرة حيث قال فيه ومن ادعى لغيره بالوكالة او الوصاية ثم ادعى لنفسه لا يقبل الا ان يوفق فيقول كان لفلان ثم شريته منه واقام البينة على ذلك فحينئذ يقبل اه ليس فيه تعرض لذكر مالو ادعى الوقف اولا ثم ادعاه لنفسه فلم يبق ما يقابل قول قاضيخان في منع صحة دعواه لنفسه بعد ادعائه الوقف فليتأمل (قوله برهن انه ابن عمه لابيه وامه وبرهن الدافع انه ابن عمه لامه فقط) مستغنى عنه بقوله ادعى العصوبة وبين النسب وبرهن الخصم ان النسب بخلافه لانه شامل لما اذا برهن الدافع انه ابن عمه لامه فقط ﴿تنبيه﴾ مايذكر في دعوى الدفع يثبت الدفع فقط لا النسب كما في جامع الفصولين (قوله لتأكده بالقضاء بخلاف الاول) صوابه الثانى (قوله ادعى ميراثا بالعصوبة) مستغنى عنه بما قبله (قوله قال هذا الولد منى الخ) تقدم متنا وشرحا وفي من هذا والذى يظهر لى ان اللفظة الثالثة وهى قوله ثم قال هو منى صح ليس لها فائدة في ثبوت النسب لانه بعد الاقرار به لا ينتفى بالنفى فلا يحتاج الى الاقرار به بعده فليتأمل

مني ثم قال هذا الولد ليس مني ثم قال هو مني صح) اذباقراره بانه منه تعلق حق المقر له اذ ثبت نسبه من رجل معين حتى ينتفي كونه مخلوقا من ماء الزنا فاذا قال ليس هذا الولد مني لا يملك ابطال حق الولد فاذا عاد الى التصديق يصح اقول قد وقعت العبارة في الاسنر وشنية والعمادية هكذا قال هذا الولد ليس مني ثم قال هو مني صح اذباقراره انه منه الى آخره الظاهر انه سهو من الناسخ الاول يدل عليه التعليل الذي ذكره لانه يقتضي ههنا ثلاث عبارات تفيد الاولى اثبات البنوة والثانية نفيها والثالثة العود الى الاثبات والمذكور فيهما العبارتان فقط (ولو عكس) اي قال هذا الولد مني ثم قال ليس مني (لا) اي لا يصح النفي لان النسب ثبت واذا ثبت لا ينتفي بالنفي (برهن على قول المدعي انا مبطل في الدعوى اوشهودي كاذبة اوليس لي عليه شيء صح الدفع ولو برهن على قوله بدروغ كواهان آرم لا) اي لا يصح الدفع اذ لا يلزم منه كذب شهود يأتي بهم الخصم (المدعى عليه جاء بخط البراءة) يعني اذا ادعى رجل على آخر قدرا من المال فاقر به المدعى عليه ثم قال قد ابرأت ذمتي عنه واظهر كتاب الابراء (فقال المدعي) انم كنت ابرأت ذمتك لكني (كنت صبيا وقت الابراء فالقول له) والبينة على خصمه لانه اسنده الى حالة منافية للضمان فالخصم اذا أثبت بلوغه في ذلك الوقت اندفع كلامه (ادعى قيمة جارية مستهلكة فبرهن الخصم انها حية رأيناها في بلد كذا لا يقبل الا ان يجيء بها حية) كذا في الذخيرة (ادعى الاخوة ولم يذكر اسم الجد صح بخلاف دعوى كونه ابن عمه) حيث يشترط فيها ذكر اسم الجد كذا في العمادية (التناقض في موضع الخفاء لا يمنع صحة الدعوى، وقيل يمنع) ولهذا الاصل فروع كثيرة ذكر بعضها سابقا وسيذكر بعضا وذكر ههنا واحدا منها فقال (فان ادعى الوصية وانكرها الوارث فاقام) اي الموصى له (بينة فادعى الوارث الرجوع تقبل وهو الصحيح لان هذا تناقض في طريقه خفاء اذ لعل الموصي قد اوصى ولم يعلم به الورث ورجع الموصي ولم يعلم به الوارث فيجحد بناء على ذلك (وقيل لا) اي لا يقبل لظاهر التناقض وايضا اذا استأجر دارا من رجل ثم ادعى على الآخر ان هذه الدار ملكي لان ابي كان اشتراها لاجلي في صغري وهي ملكي فاقام البينة تسمع ولا يكون هذا التناقض مانعا صحة الدعوى لما فيه من الخفاء لان الاب يستقل بالشراء للصغير ومن الصغير لنفسه والابن لا علم له بذلك وهذا كما لو اقامت المرأة بينة على الطلاق ثلاثا بعدما اختلعت نفسها لها ان تسترد بدل الخلع وان كانت متناقضة لاستقلال زوجها في ايقاع الطلاق عليها من غير علمها ولهذا نظائر ذكرت في العمادية وغيرها

﴿ تذنيب ﴾

(الكفيل ينتصب خصما عن الاصيل بلا عكس) اي الاصيل لا ينتصب خصما عن الكفيل لان القضاء على الكفيل قضاء على الاصيل والقضاء على الاصيل ليس قضاء عليه صورته كان لرجل على آخر الف درهم وله كفيل بامر المطلوب فلقي الطالب الاصيل قبل ان يلقى الكفيل واقام عليه بينة

(قوله وقد وقعت العبارة في الاسنر وشنية والعمادية الخ) هو ما وعدت به اه هذا وقد ناقض في التعليل ايضا صاحب جامع الفصولين ثم قال فالاولى ان يقال بان التناقض لا يمنع في مثله (قوله ولو عكس اي قال هذا الولد مني ثم قال ليس مني لا اي لا يصح النفي) صحيح باعتبار هذا الحل وفيه نظر باعتبار انه نفي لثبوت النسب بما قال قبله متالان قوله هذا الولد مني ثم قال هذا الولد ليس مني ثم قال هو مني صح مع قوله هذا ولو عكس لا ظاهره انه لو عكس لا يصح النسب لان قوله صح انما هو للنسب اي صح الاقرار بالنسب ولا يصح ان يكون للنفي على ان عكس المسئلة لا يغايرها على ما ذكره بالنظر الى الالفاظ الثلاثة لان الطرفين متفقان في الثبوت والنفي متوسط بينهما فتأمل والتصديق من المقر له وعدمه سيأتي في الاقرار وتقبل بينته بعد انكار المقر على اقراره بنسبه كما في جامع الفصولين (قوله فالخصم اذا اثبت بلوغه) اي بلوغ المقر في ذلك الوقت اي وقت الاقرار ادفع كلامه اي كلام المقر اني كنت صبيا وقت الاقرار (قوله ادعى الاخوة ولم يذكر اسم الجد صح) بخلاف دعوى كونه ابن عمه كذا في جامع الفصولين (قوله فادعى الوارث الرجوع يقبل الخ) كذا في جامع الفصولين ثم قال ولو برهن على جحود الموصي الوصية يقبل على رواية كون الجحود رجوعا لا على رواية انه ليس برجوع اه (قوله تذنيب) عقدله في الفصولين فصلا ترجمه بقيام بعض اهل الحق عن البعض وسيذكر مثل هذا في القضاء

ان لى عليك كذا وفلان كفل به بامرك فانه يقضى على الاصيل بالف درهم ولا يكون هذا قضاء على الكفيل حتى لو اتى الكفيل ليس له ان يأخذ منه شيأ بلا اعادة البينة عليه ولو اتى الكفيل اولا وادعى ان لى على فلان الغائب الفا وانت كفيل بها لى عنه بامره واقام البينة ثبت المال عليه وعلى الغائب وينتصب الكفيل خصما من الاصيل (اذا اشترك الدين بين شريكين لا بجهة الارث فاحدهما لا ينتصب خصما من الآخر) عند ابى حنيفة رحمه الله (بخلاف ما اذا اشترك بها) يعنى اذا اشترك بينهما بجهة الارث فاحدهما لا ينتصب خصما من الآخر وعند ابى يوسف ينتصب خصما على كل حال قال محمد رحمه الله ما قاله ابو حنيفة قياس وما قاله ابو يوسف رحمه الله استحسان ومحمد اخذ بالاستحسان كابى يوسف رحمه الله كذا فى المنتقى ثم على قولهما اذا احضر الغائب وصدق الحاضر فيما ادعى كان بالخيار ان شاء شارك المدعى فيما قبض ثم يتبعان المطلوب وان شاء يتبع المطلوب ويأخذ نصيبه كذا فى العمادية

﴿ كتاب الاقرار ﴾

اورده بعد الدعوى لان الدعوى تنقطع به فلا يحتاج بعده الى شىء آخر حتى اذا لم يوجد يحتاج الى الشهادة ولهذا عقبه بها (عو) مشتق من القرار وهو لغة اثبات ما كان متزلزلا وشرعا (اخبار بحق لآخر عليه) لا اثبات له عليه لما سيأتى وشروطه ستذكر فى اثناء الكلام ان شاء الله تعالى وحكمه ظهور المقر به (بلا تصديق) وقبول من المقر له فانه يلزم على المقر ما اقر به لوقوعه دالا على المخبر به لان مدلوله الصدق والكذب احتمال عقلى كما تقرر فى موضعه (الا فى نسب الولاد) يعنى اذا اقر رجل ببنوة غلام مجهول النسب صح اقراره وكذا اذا اقر هو او امرأة بالوالدين والولد صح (ونحوه) وهو ان يقر رجل او امرأة بالزوج او المولى حيث صح وشرط تصديق هؤلاء وسيأتى تمام بيانه (ولكن يرد) اى الاقرار (برده) اى برد المقر له (الا بعده) اى بعد تصديقه فانه لا يرد حينئذ (لا ثبوته ابتداء) عطف على قوله ظهور المقر به اى لا ثبوت المقر به للمقر له لانه ليس بناقل الملك المقر الى المقر له اول مرة ان الاقرار اخبار يحتمل الصدق والكذب فيجوز تخلف مدلوله الوضعى عنه بخلاف الانشاء كالبيع والهبة ونحوها لانه ايجاد معنى بلفظ يقارنه فى الوجود فيمتنع فيه التخلف وقد فرع على كون حكم الاقرار ظهور المقر به لا ثبوته ابتداء اولا بقوله (فصح الاقرار بالخمر للمسلم) حتى يؤمر بالتسليم اليه ولو كان تمليكا مبتدأ لما صح وثانيا بقوله (لا) الاقرار (بطلاق وعتق مكرها) لقيام دليل الكذب وهو الاكراه ولو كان حكمه ثبوت ما اقر به بان كان انشاء لصح لان انشاءهما مع الاكراه يصح عندنا وثالثا بقوله (ولو ادعاه) اى الاقرار (ابتداء) بان يقول انك اقررت لى بكذا فادفعه لى (او جعله) اى الاقرار (سببا) بان يقول ان لى عليك كذا لانك اقررت لى به (لم يسمع) عند عامة المشايخ لان نفس الاقرار ليس ناقلا للملك لما عرفت (بخلاف دعواه) اى الاقرار (فى الدفع) فانهم اختلفوا انه هل يصح دعوى الاقرار فى طرف الدفع حتى لو اقام المدعى عليه

﴿ كتاب الاقرار ﴾

(قوله هو اخبار بحق لآخر لا اثبات له عليه) هذا على ما قاله محمد بن الفضل والقاضى ابو حازم الاقرار اخبار عن امر سابق وذكر ابو عبد الله الجرجانى انه تمليك فى الحال وذكر استشهاد كل على ما قال بمسائل ذكرت فى الفصل التاسع من الاستروشنية (قوله وله شروط ستذكر) هى العقل والبلوغ والحرية فى بعض الاحكام وكون المقر به مما يجب تسليمه الى المقر له حتى لو اقر انه غصب كفا من تراب او حبة حنطة لا يصح لان المقر به لا يلزمه تسليمه الى المقر له كما فى المحيط ومنها الطواعية ولو سكر من محرم صح اقراره الا فى الحدود الخالصة حقا لله (قوله وحكمه ظهور المقر به) يعنى لزومه على المقر (قوله وشرط تصديق هؤلاء) يعنى فى الجملة لما يذكر ان الغلام الذى لم يعبر عن نفسه لا يشترط تصديقه ولذا قال وسيأتى تمام بيانه (قوله فصح الاقرار بالخمر للمسلم) يعنى الخمر القائمة لا المستهلكة اذ لا يجب بدلها للمسلم نص عليه فى المحيط واليه الاشارة بقول المصنف حتى يؤمر بالتسليم اليه (قوله او جعله اى الاقرار سببا لم يسمع عند عامة المشايخ كذا فى جامع الفصولين ثم ذكر نقلا آخر انه يسمع عند عامة المشايخ اه فقد وقع اختلاف النقل عن عامة المشايخ ولكن المفتى به انها لا تسمع لما قال فى الفواكه البدرية ادعى عليه بكذا لما انه اقر له به لا يقبلها القاضى ولا تسمع هذه الدعوى على الصحيح المفتى به

بينة ان المدعى اقرانه لاحق له على المدعى عليه او اقام بينة ان المدعى اقران هذا العين ملك هذا المدعى عليه هل يقبل قال بعضهم لا يقبل وعامتهم ههنا على انه يقبل واجمعوا على انه لو قال هذا العين ملكى واقر به صاحب اليد او قال لى عليه كذا وهكذا اقر به هذا المدعى عليه تصح الدعوى وتسمع البينة على اقراره لانه لم يجعل الاقرار سببا للوجوب وفى هذه الصورة لو انكر هل يحلف على عدم اقراره فيه خلاف بين ابى يوسف ومحمد رحمهما الله وقيل يحلف لانه او نكل ثبت الاقرار والفتوى على انه لا يحلف على الاقرار وانما يحلف على المال كذا فى العمادية ورابعا بقوله (ولو كذب المقر) اى فى اقراره بالمال (لم يحل له) اى للمقر له (اخذ المال الا بطيب نفسه) اى نفس المقر ولو كان حكمه الثبوت يحل اخذه (وهو) اى الاقرار (حجة قاصرة) اما حجة فلان النبى عليه الصلاة والسلام قد رجم ماعزا باقراره على نفسه بالزنا والغامدية باقرارها فلما جعل الاقرار حجة فى الحدود التى تندرئ بالشبهات فلان يكون حجة فى غيرها اولى وعليه انعقد اجماع الامة واما قصوره فلقصور ولاية المقر عن غيره فيقتصر عليه (بخلاف البينة) فانها تصير حجة بالقضاء وللقاضى ولاية عامة فيتعدى الى الكل اما الاقرار فلا يفتقر الى القضاء وله ولاية على نفسه دون غيره فيقتصر عليه حتى لو اقر مجهول النسب بالرق لرجل جاز ذلك على نفسه وماله ولم يصدق على اولاده وامهاتهم ومدبريه ومكاتبيه اذ ثبت حق الحرية واستحقاقها لهؤلاء فلا يصدق عليهم (اقر مكلف) اى عاقل بالغ (حر او عبد مأذون له بمعلوم) متعلق باقر (صح) اى اقرار كل من الحر والعبد المأذون اما الاول فظاهر واما الثانى فلانه ملحق بالاحرار فى حق الاقرار لان المولى اذا اذن له فقد رضى بتعلق الدين برقبته فكان مسلطا عليه من جهته (مطلقا) اى سواء كان تصرفا لا يشترط لصحته وتحققه اعلام ما صادفه ذلك التصرف اولا كما سيأتى وشرط التكليف لان الصبى والمجنون لا يتعلق باقرارهما حكم (ولو اقر بمجهول صح) ايضا لان الحق قد يلزمه مجهولا بان اتلف مالا لا يدرى قيمته او جرح جراحة لا يعلم ارشها (لو كان ذلك التصرف) (تصرفا لا يشترط لصحته) وتحققه (اعلام ما صادفه ذلك التصرف كالغصب والوديعة) فان الجهالة لا تمنع تحقق الغصب فان من غصب من رحل مالا مجهولا فى كيس او اودعه مالا فى كيس صح الغصب والوديعة وثبت حكمهما (بخلاف ما اشترط له ذلك) فان كل تصرف يشترط لصحته وتحققه اعلام ما صادفه ذلك التصرف فالاقرار به مع الجهالة لا يصح (كالبيع والاجارة) فان من اقر انه باع من فلان شيأ او آجر من فلان شيأ او اشترى من فلان كذا بشئ لا يصح اقراره ولا يجبر المقر على تسليم شئ (ولزمه) اى المقر بمثل الغصب والوديعة (بيان ما جهل بماله قيمة) يعنى اذا قال لفلان على شئ او حق لزمه ان يبينه بماله قيمة لانه اخبر عن الوجوب فى ذمته ومالا قيمة له لا يجب فى الذمة فاذا بين بغير ذلك كان رجوعا فلا يصح (وصدق المقر بيمينه ان ادعى خصمه اكثر منه ولم يبرهن) يعنى ان المقر اذا بين المجهول بما له قيمة وادعى المقر له اكثر منه فان برهن عليه حكم به والا صدق المقر بيمينه على عدم

(قوله او عبد مأذون له) كذا الصبى المأذون له ومحل صحة اقرار العبد المأذون ما هو من باب التجارة فلا يصح بمهر موطوأته بنكاح غير مأذون به وجناية موجبة للمال ولا يصح اقرار الصبى بالمهر والجناية والكفالة كما فى التبيين (قوله ولو اقر بمجهول صح لو تصرفا لا يشترط لصحته اعلام ما صادفه) فى مفهومه تأمل لما قال الزيلعى الاصل فيه انه متى اقر بمجهول واطلق ولم يبين السبب يصح ويحمل على انه وجب عليه بسبب تصح معه الجهالة كالغصب ونحوه وان بين السبب ينظر فان كان سببا لا تضره الجهالة فكذلك وان كان تضره الجهالة كالبيع والاجارة لا يصح ولا يجبر اه (قوله يعنى اذا قال لفلان على شئ او حق لزمه ان يبين ماله قيمة) لا يخفى عدم مطابقته لمتنه الابمعونة ذكر السبب فكان ينبغى ان يقول يعنى اذا قال لفلان على شئ بغصب او وديعة اه والذى له قيمة كفلس وجوزة وغيره كحبة حنطة وقطرة ماء كما فى العناية

الزيادة عليه (ولم يصح) اى الاقرار (للمجهول اذا فحشت جهالته) بان يقول هذا العبد لواحد من الناس لان المجهول لايكون مستحقا وان لم تفحش بان اقر بانه غصب هذا العبد من هذا او من هذا فانه لايصح عند شمس الائمة السرخسي لانه اقرار للمجهول وانه لايفيد وقيل يصح وهو الاصح لانه يفيد وصول الحق الى المستحق لانهما اذا اتفقا على اخذه فلهما حق الاخذ ويقال له بين المجهول لان الاجمال من جهته وبيان المجمل على المجمل وصار كما لو اعتق احد عبديه وان لم يبين اجبره القاضي على البيان ايصالا للحق الى المستحق كذا فى الكافى (كذا) اشارة الى عبد مأذون له فى قوله اقر مكلف حر او عبد مأذون له (محجور اقر بما لاتهمة فيه كحد وقود) يعنى ان اقراره به صحيح لان اقراره عهد موجبا تعلق الدين برقبته وهي مال المولى فلا يصدق عليه للتهمة وقصور الحجة بخلاف المأذون له لانه مسلط على الاقرار من جهة المولى لان الاذن بالتجارة اذن بما يلزمها وهو دين التجارة بخلاف الحد والقود لانه مبقى على اصل الحرية فيهما من خواص الآدمية ولهذا لايصح اقرار المولى عليه بالحد والقود (فيؤخذ به الآن) ولا يؤخر الى العتق (و) كذا محجور اقر (بما فيه تهمة كالمال) نظرا الى اصل الآدمية (فيؤخر الى عتقه) رعاية لحق المولى (ولزم فى على مال درهم) يعنى لايصدق فى اقل منه لانه لايعد مالا عادة (و) لزم (فى) على (مال عظيم نصاب فى مال الزكاة وقدر النصاب قيمة فى غيره) اى فى غير مال الزكاة يعنى لايصدق فى اقل من مائتى درهم فى الفضة واقل من عشرين مثقالا فى الذهب وفى اقل من خمس وعشرين فى الابل ولا فى الاقل من قدر النصاب قيمة فى غير مال الزكاة لان النصاب عظيم حتى صار صاحبه به غنيا (و) لزم (فى) على (اموال عظام ثلاثة نصب من جنس ما سماه اعتبار الادنى الجمع حتى لو قال من الدراهم كان ستمائة درهم (وفى دراهم ثلاثة) اعتبار الادنى الجمع وفى دراهم كثيرة عشرة) اى لايصدق فى اقل منها عند ابى حنيفة رحمه الله لانها اقصى ما ينتهى اليه اسم الجمع (وفى كذا درهما) لزم (درهم) لانه تفسير للمبهم كذا فى الهداية وقال قاضيخان لو قال كذا دينارا عليه ديناران لان كذا كناية عن العدد واقل العدد اثنان (و) فى (كذا كذا درهما) لزم (احد عشر درهما) اى لم يصدق فى اقل منه لان كذا كناية عن عدد مجهول فقد اقر بعددين مجهولين ليس بينهما حرف العطف واقل

(قوله لانه اقرار للمجهول وانه لايفيد) قال فى الكافى لان فائدته الجبر على البيان ولا يجبر على البيان (قوله فصار كما لو اعتق احد عبديه) يعنى من غير تعيين هذا على قولهما لا على قول الامام كما قدمه المصنف فى باب عتق البعض ولنا فيه رسالة اما لو اعتق احدهما بعينه ثم نسيه لايجبر على البيان كما فى المبسوط (قوله كذا اشارة الى عبد مأذون له) كان ينبغى ان يقول كذا اشارة الى قوله صح فى قوله اقر مكلف حر او عبد مأذون له لان الاشارة للمشاركة فى الحكم (قوله وكذا محجور) اى كذا صح اقرار محجور اذا اقر بما فيه تهمة كالمال نظرا الى اصل الآدمية فيؤخر الى عتقه رعاية لحق المولى (قوله يعنى لايصدق فى اقل من مائتى درهم فى الفضة واقل من عشرين مثقالا فى الذهب) يريد به اذا فسر المال العظيم بالفضة فقال له على مال عظيم من الفضة لم يصدق فى اقل من مائتى درهم وان قال من الدنانير فالتقدير بعشرين مثقالا اه وفى العناية وهذا قول ابى يوسف ومحمد ولم يذكر محمد قول ابى حنيفة فى الاصل فى هذا الفصل وروى عنه انه قال لايصدق فى اقل من نصاب السرقة لانه عظيم تقطع به اليد المحترمة وروى عنه مثل قولهما قيل وهو الصحيح اه وقال الزيلعى والاصح ان قوله يبنى على حال المقر فى الفقر والغنى فان القليل عند الفقير عظيم واضعاف ذلك عند الغنى ليس بعظيم وهو فى الشرع متعارض فان المائتين فى الزكاة عظيم وفى السرقة والمهر العشرة عظيمة فيرجع الى حاله ذكره فى النهاية وحواشى الهداية معزيا الى المبسوط (قوله ولزم فى على اموال عظام ثلاثة نصب) كذا فى التبيين ثم قال الزيلعى وينبغى على قياس ما روى عن ابى حنيفة ان يعتبر فيه حال المقر كما ذكرنا اه (قوله وفى دراهم كثيرة عشرة) اى لايصدق فى اقل منها هذا عند ابى حنيفة رحمه الله وقالا لا يصدق فى اقل من مائتين وعلى هذا الخلاف دنانير كثيرة كذا فى التبيين (قوله وفى كذا درهما لزم درهم الخ) يريد ان ما فى الهداية مقدم على ما فى قاضيخان اذ عند معارضة الفتاوى للمتون تقدم المتون اه ولذا قال الزيلعى لو قال كذا درهما درهم لانه تفسير للمبهم وذكر فى التتمة والذخيرة وغيرهما يلزمه درهمان وفى شرح المختار قيل يلزمه عشرون وهو القياس لان كذا يذكر للعدد عرفا واقل عدد غير مركب يذكر بعده الدرهم بالنصب عشرون ولو ذكر بالخفض روى عن محمد انه يلزمه مائة لانها اقل عدد يذكر بعده الدرهم بالخفض اه

عددين كذلك من المفسر احدعشر (وفى كذا وكذا) لزم (احدوعشرون) اى لم يصدق فى اقل منه لانه ذكر عددين مبهمين بينهما حرف العطف واقل ذلك من المفسر احدوعشرون ووجوب الاقل فى الفصلين لتيقننابه والاصل فى الذمم البراءة (ولو ثلث) اى قوله كذا (بلاواو) بان يقول كذا كذا كذا درهما (فاحدعشر) حملا للواحدمنها على التكرار اذ لم يجمع بين ثلاثة اعداد بلاعطف فلابد من حمل الواحد على التكرار ثم حمل الاثنين على اقل عدد يعتاد التعبير عنه بذكر عددين بلا عاطف وهو احد عشر (ومعها) اى لوثلث لفظ كذا مع الواو (فمائة واحد وعشرون) لانه اقل مايعبر عنه بثلاثة اعداد مع العطف (ولوربع) اى قوله كذا مع تثليث الواو بان يقول كذا وكذا وكذا وكذا (زيدالف) على العدد الذى قبله فلزم الف ومائة واحد وعشرون لانه نظيره (على اوقبلى اقرار بالدين) يعنى اذا قال له على من المال كذا اوقبلى كان اقرار بالدين لان على للايجاب والالزام وقبلى ينبئ عن الضمان يقال قبل عن فلان اى ضمن وسمى الكفيل قبيلا لانه ضامن للمال (وان وصل به وديعة) اى ان قال المقر بلاانداح وهو وديعة (صدق) لان المضمون عليه الحفظ والمال محله فقد ذكر المحل واراد الحال واحتمله اللفظ مجازا فيصح موصولا لامفصولا (عندى معى فى بيتى فى صندوقى فى كيسى اقرار بالامانة) لان الكل اقرار بكون الشئ فى يده وذا يكون امانة لانه قديكون مضمونا وقديكون امانة وهذه اقلها (جميع مالى اوجميع ماامكله له هبة) لااقرار لان ماله اوما ملكه يمتنع ان يكون لآخر فى تلك الحالة فلا يصح الاقرار واللفظ يحتمل الانشاء فيحمل عليه ويكون هبة (يقتضى التسليم) فان وجد صحت والافلا (قوله لمدعى الالف) مبداخبره قوله الآتى اقرار يعنى لو قال له رجل لى عليك الف درهم فقال (اتزنه اوانتقده اواجلنى به اوقضيتكه اوابرأتنى منه اوتصدقت به على اووهبته لى اواحلتك به على زيد اقرار وبلاضمير لا (وقدوقع فى عبارة الهداية والوقاية فى هذه الضمائر ضمير التأنيث وفى الكافى والكنز ضمير التذكير ولما لم يعهد القوم الالف من المؤنثات السماعية اخترله التذكيراما كون الاربعة الاولى اقرارا فلان الضمير راجع الى الالف المذكور وهو موصوف بالوجوب فكأنه قال اتزن اوانتقد اواجل اوقضيتك الالف الواجب لك على حتى لو لم يذكر الضمير بأن قال اتزن اوانتقد اواجل مثلا لايكون اقرارا اذلا دليل على انصرافه الى المذكور واماالخامس فلان دعوى الابراء كالقضاء لان الابراء اسقاط وهو انمايكون فى مال واجب عليه واماالسادس والسابع فلان هذا دعوى التمليك منه وذالايكون الابعد وجوب المال فى ذمته واما الثامن فلان تحويل الدين من ذمة الى ذمة لايكون بدون الوجوب (وقوله نعم اقرار) يعنى اذا قيل له هل لى عليك كذا فقال نعم يكون اقرارا لانه موضوع للجواب ولايحتاج الى الرابط (لاالايماء برأسه بنعم فى جواب هل لى عليك كذا) لان الاشارة من الاخرس قائمة مقام الكلام لامن غيره (اقربدين مؤجل وقال المقرله حال صدق يمينه) يعنى اذا اقربدين مؤجل فصدقه المقرله فى الدين وكذبه فى التأجيل لزمه

(قوله اذ لم يجمع بين ثلاثة اعداد بلا عاطف) اى لم يوجد له نظير (قوله قبلى اقرار بالدين) هو الاصح لان استعماله فى الديون اغلب وقيل اقرار بالامانة لان اللفظ يتناول الدين والامانة وهى اقلهما كما فى الكافى (قوله جميع مالى اوجميع ماامكله له هبة يقتضى التسليم) كذا فى المحيط ثم قال ولو قال له من مالى الف درهم لاحق له فيها فهواقرار بالدين لان هذا اقرار بهبة مسلمة لانه نفى الحق فيها ولا ينقطع حقه عنها بالهبة بل بالتسليم فيكون اقرارا بالتسليم ه ولو لم يضف المال اليه بل الى يده كان اقرارا لما فى الفتاوى الصغرى قال مافى يدى من قليل اوكثير من عبد اوغيره لفلان صح الاقرار لانه عام لا مجهول انتهى

الدين حالا لانه اقر بحق على نفسه وادعى لنفسه فيه حقا فيصدق فى الاقرار بلا حجة دون الدعوى كما لو اقر بعبد فى يده انه لفلان استأجره منه فيصدقه المقر له فى الملك لا الاجارة (ولزم فى) له (على مائة ودرهم دراهم) اى اذا قال له على مائة ودرهم لزم مائة درهم ودرهم (و) لزم (فى مائة وثوب ثوب ويفسر المائة) اى يرجع فى تفسير المائة اليه والقياس فى مائة ودرهم كذلك وهو قول الشافعى لانه عطف يفسر اعلى مبهم فى الفصلين والعطف لم يوضع للبيان فبقيت المائة مبهمة فيهما ولنا ان قوله ودرهم بيان للمائة عادة لان الناس استثقلوا تكرار الدراهم واكتفوا بذكره مرة وهذا فيما يكثر استعماله وهو عند كثرة الوجوب بكثرة اسبابه وهذا فى المقدرات كالمكيلات والموزونات لانها تثبت دينا فى الذمة سلما وقرضا وثمنا بخلاف الثياب ومالا يكال ولا يوزن فان وجوبها لا يكثر فى الذمة لان الثياب لا تثبت فيها الا فى السلم والنكاح وذا لا يكثر فبقى على الحقيقة (كذا وثوبان) اى اذا قال له على مائة وثوبان لزم ثوبان ويفسر المائة (وفى الجمع) اى اذا قال له على مائة وثلاثة اثواب (كلها ثياب) لانه ذكر عددين مبهمين اعنى مائة وثلاثة واعقبهما تفسيرا فانصرف اليهما لانهما استويا فى الحاجة الى التفسير لا يقال الاثواب لا تصلح مميزا للمائة لانها لما اقترنت بالثلاثة صارا كعدد واحد (و) لزم (فى على نصف درهم ودينار وثوب ونصف هذا العبد وهذه الجارية نصف كل منها) لان الكلام كله وقع على شئ بغير عينه او بعينه فينصرف النصف الى الكل كانه قال على نصف هذا ونصف هذا الى آخره (اقر بعشرة دراهم ودانق او قيراط كان من الفضة) لان الاكتفاء بالتفسير الاول شائع عندهم قال الله تعالى ولبثوا فى كهفهم ثلاثمائة سنين وازدادوا تسعا يعنى من السنين (و) اقر (بتمر فى قوصرة لزماه) اى التمر والقوصرة فسره فى المبسوط بقوله غصبت تمرا فى قوصرة ووجهه ان القوصرة وعاء وظرف له وغصب الشئ وهو مظروف لا يتحقق بدون الظرف فيلزمانه وكذا الطعام فى السفينه والحنطة فى الجوالق بخلاف ما اذا قال غصبت من قوصرة لان من للانتزاع فيكون اقرارا بغصب المنزوع (ودابة) اى اقر بدابة (فى اصطبل لزمته) اى الدابة (فقط) اى بلا اصطبل لان غير المنقول لا يضمن بالغصب عندهما خلافا لمحمد (كذا الطعام فى البيت) يعنى يلزم الطعام لا البيت الاصل فى جنس هذه المسائل ان الظرف ان امكن ان يجعل ظرفا حقيقة ينظر فان امكن نقله لزماه والا لزم المظروف فقط عندهما لان الغصب الموجب للضمان لا يتحقق فى غير المنقول ولو ادعى انه لم ينقل لم يصدق لانه اقر بغصب تام لانه مطلق فيحمل على الكمال وعند محمد لزماه جميعا لان غصب غير المنقول متصور وان لم يكن جعله ظرفا حقيقة لم يلزمه الا الاول كقوله درهم فى درهم ولم يلزمه الثانى لانه لا يصلح ان يكون ظرفا له (و) اقر (بخاتم له حلقته ونصه) لان الاسم يشملهما (و) اقر (بسيف له نصله وجفنه وحمائله) لان اسم السيف يطلق على الكل النصل حديده والجفن غمده والحمائل جمع الحمالة بكسر الحاء وهى علاقته (و) اقر (بحجله له عيدانها وكسوتها) لاطلاق الاسم على الكل عرفا لانها بيت

(قوله ولزم فى على نصف درهم ودينار الخ) قال فى المحيط عن المنتقى واصله ان الكلام اذا كان كله على شئ بعينه او كان كله على شئ بغير عينه فهو كله على الانصاف وان كان احدهما بعينه والآخر بغير عينه فالنصف على الاول منهما (قوله فسره فى المبسوط) وكذا فسره فى الاصل وشرح تفسيره ما قال فى الجوهرة ان اضاف ما اقر به الى فعل بان قال غصبت منه تمرا فى قوصرة لزمه التمر والقوصرة وان لم يضفه الى فعل بل ذكره ابتداء فقال له على تمر فى قوصرة فعليه التمر دون القوصرة لان الاقرار قول والقول تمييزه البعض دون البعض كما لو قال بعت له زعفرانا فى سلة اه (قوله ولو ادعى انه لم ينقل) اى المظروف لم يصدق كما فى التبيين

(قوله وهو قول ابى حنيفة اولا) كذا فى التبيين وهو يفيد ان قول ابى حنيفة آخرا كقول محمد فيلزمه احد عشر ثوبا وماقال محمد
منقوض بما اذا قال غصبت كرباسا فى عشرة اثواب حرير يلزمه الكل عنده مع انه ممتنع عرفا كذا
فى شرح المجمع عن التبيين وقال قاضى زاده عن النهاية اليه اشار فى المبسوط (قوله لان اثر الضرب فى تكثير الاجزاء) اى لازالة الكسر لا فى تكثير المال لان خمسة دراهم وزنا وان جعلت الف جزء لا يزاد فيها قيراط (قوله وبنية مع عشرة) قال قاضى زاده ولو اراد بفى معنى على لم يذكره فى الكتاب والمبسوط وفى الذخيرة حكمه كحكم فى فاذا قال لفلان على عشرة فى عشرة ثم قال عنيت به على عشرة او قال عنيت به الضرب لزمه عشرة عند علمائنا اه (قوله ومن درهم الى عشرة الى آخر ماذكر من التعليل) قال قاضى زاده والحاصل ان ماقاله ابو حنيفة فى الغاية الاولى استحسان وفى الغاية الثانية قياس وماقالا فى الغايتين استحسان وما قاله زفر فيهما قياس كذا فى مبسوط شيخ الاسلام خواهر زاده (قوله ومن دارى الخ) ذكره الزيلعى معللا كما هنا وعلله فى البرهان بقوله لزمه ما بينهما فقط دون الحائطين لقيامهما بانفسهما (قوله او حمل شاة) قال الزيلعى يعلم وجود حمل الشاة ونحوها من البهائم بادنى مدة يتصور ذلك عند اهل الخبرة على ماجرت به عادتهم (قوله فلابد من وجود المقر به عند الاقرار) صوابه المقر له باللام (قوله او ابهم الاقرار ولم يبين سببا بان قال لحمل فلان كذا الخ) هذا عند ابو حنيفة وقال محمد يجوز الوصية له وان لم يبين السبب ذكره الزيلعى ثم قال وحاصله ان للمسئلة ثلاث صور اما
ان يبهم الاقرار فهو على الخلاف واما ان يبين سببا صالحا فيجوز بالاجماع واما ان يبين سببا غير صالح فلا يجوز بالاجماع انتهى ولقائل
ان يقول قد تقدم عن الزيلعى فى الاقرار بالمجهول انه اذا لم يبين السبب يصح ويحمل على انه

(فيصير)

يزين بالثياب والاسرة والستور (و) اقر (بثوب فى ثوب او فى منديل لزماه) لانه ظرف
له حقيقة وامكن نقله كما مر (و) اقر (بثوب فى عشرة اثواب له ثوب) عند ابى يوسف وقال
محمد عليه احد عشر ثوبا لان النفيس من الثياب قد يلف فى عشرة فامكن جعله ظرفا
كقوله حنطة فى جوالق ولابى يوسف وهو قول ابى حنيفة رحمه الله تعالى اولا ان
العشرة لا تكون ظرفا لواحد عادة والممتنع عادة كالممتنع حقيقة (و) اقر (بخمسة
فى خمسة بنية الضرب له خمسة) لان اثر الضرب فى تكثير الاجزاء لا فى تكثير المال
(وبنية مع عشرة) اى لو قال اردت خمسة مع خمسة لزمه عشرة لان اللفظ يحتمله قال الله
تعالى فادخلى فى عبادى قيل مع عبادى فاذا احتمله اللفظ ولو مجازا ونواه صح لاسيما اذا
كان فيه تشديد على نفسه كما عرف فى موضعه (و) فى (من درهم الى عشرة او ما بين درهم الى
عشرة تسعة) عند ابى حنيفة رحمه الله تعالى وقالا يلزمه عشرة وقال زفر يلزمه ثمانية
وهو القياس لانه جعل الدراهم الاول والآخر حدا والحد لا يدخل فى المحدود ولهما
ان الغاية يجب ان تكون موجودة اذ المعدوم لا يجوز ان يكون حدا للموجود ووجوده
بوجوبه فيدخل الغايتان وله ان الغاية لا تدخل فى المغيا لان الحد يغاير المحدود لكن
هنا لابد من ادخال الاولى لان الدرهم الثانى والثالث لا يتحقق بدون الاول فدخلت
الغاية الاولى ضرورة ولا ضرورة فى الثانية (و) فى (من دارى ما بين هذا الحائط الى
هذا الحائط ما بينهما) لما ذكر ان الغاية لا تدخل فى المغيا (اقر بالحمل) اى حمل جارية
او حمل شاة لرجل (صح) اقراره ويلزمه لان له وجها صحيحا وهو ان رجلا اوصى به
الرجل ومات الموصى فيقر وارثه للموصى له (مطلقا) اى سواء بين سببا صالحا او لا (وله)
اى اقر للحمل صح ايضا لكن لا مطلقا بل (ان بين سببا صالحا كارث ووصية) بان قال مات
ابوه فورثه او اوصى به له فلان فالاقرار به صحيح لانه بين سببا صالحا لو عايناه حكمنا به
فكذا اذا ثبت باقراره ثم ان وجد السبب الصالح فلابد من وجود المقر به عند الاقرار
او محتملا وذلك بان تضعه لاقل من ستة اشهر مذ مات المورث او الموصى اذا كانت ذات
زوج او لاقل من سنتين من وقت الفراق اذا كانت معتدة (فان ولدت حيا لاقل من ستة
اشهر) فى الصورة الاولى (او من سنتين) فى الصورة الثانية (فله ما اقر لوجوده)
فى البطن حين مات المورث او الموصى (او ميتا) اى ان ولدته ميتا (فللموصى
والمورث) اى يرد المال الى ورثة الموصى والمورث لان هذا الاقرار فى الحقيقة لهما
وانما ينتقل الى الجنين بعد ولادته ولم ينتقل فيكون لورثتهما (او) ولدت (حيين
فلهما) ما اقر نصفين ان كانا ذكرين او انثيين وان كان احدهما ذكرا والآخر انثى
فى الوصية كذلك وفى الميراث للذكر مثل حظ الانثيين (وان بين بغير صالح) للسببية (كبيع
واقراض وهبة) بان قال الحمل باع منى او اقرضنى او وهب لى (او ابهم الاقرار) ولم يبين
سببا بان قال على لحمل فلانة كذا (لغا) اما الاول فلانه بين مستحيلا لعدم تصورهما
من الجنين لا حقيقة وهو ظاهر ولا حكما لانه لا يولى عليه واما الثانى فلان مطلق الاقرار
ينصرف الى الاقرار بسبب التجارة ولهذا حمل اقرار المأذون واحد المتفاوضين عليه

فيصير كما اذا صرح به (اشهد) اى جعل رجلين شاهدين (على الف فى مجلس و) اشهد رجلين (آخرين فى) مجلس (آخر لزم الفان) يعنى او ادار صكا على الشهود فاقر عندهم مرتين او اكثر بالف فى ذلك الصك فالواجب الف واحد اتفاقا لان الثانى هو الاول لكونه معرفا بالمال الثابت فى الصك وان لم يقيد بالصك بل اقر بحضرة شاهدين بالف ثم فى مجلس آخر بحضرة شاهدين آخرين بالف بلا بيان السبب فعند ابى حنيفة يلزمه الفان بشرط مغايرة الشاهدين الآخرين للاولين فى رواية وبشرط عدم مغايرتهما لهما فى اخرى وهذا بناء على ان الثانى غير الاول كما اذا كتب لكل الف صكا واشهد على كل صك شاهدين وعندهما لم يلزمه الا الف واحد لدلالة العرف على ان تكرار الاقرار لتأكيد الحق بالزيادة فى الشهود وان اتحد المجلس فاللازم الف واحد اتفاقا على تخريج الكرخى لان للمجلس تأثيرا فى جميع الكلمات المتفرقة وجعلها فى حكم كلام واحد (الامر بكتابة الاقرار اقرار) يعنى لو قال للصكاك اكتب لفلان خط اقرارى بالف على يكون اقرارا ويحل للصكاك ان يشهد عليه بالمال وكذا لو قال اكتب بيع هذه الدار يكون اقرارا بالبيع كتب او لم يكتب ولو قال للصكاك اكتب طلاق امرأتى تطلق كتب او لم يكتب كذا فى العمادية وانما قال (حكما) لان الامر انشاء والاقرار اخبار فلا يكونان متحدين حقيقة بل المراد ان الامر بكتابة الاقرار اذا حصل حصل الاقرار (احد الورثة اقر بالدين قيل يلزمه كله وقيل حصته) يعنى اذا ادعى رجل دينا على ميت واقر بعض الورثة به ففى قوله اصحابنا يؤخذ من حصة المقر جميع الدين قال الفقيه ابو الليث هو القياس لكن الاختيار عندى ان يؤخذ منه ما يخصه من الدين وهو قول الشعبى والبصرى وابن ابى ليلى وسفيان الثورى وغيرهم ممن تابعهم وهذا القول ابعد من الضرر وذكر شمس الائمة الحلوانى ايضا قال مشايخنا هنا زيادة شئ لا يشترط فى الكتب وهو ان يقضى القاضى عليه باقراره اذ بمجرد الاقرار لا يحل الدين فى نصيبه بل يحل بقضاء القاضى ويظهر ذلك بمسئلة ذكرها فى الزيادات وهى ان احد الورثة اذا اقر بالدين ثم شهد هو ورجل ان الدين كان على الميت فانه يقبل وتسمع شهادة هذا المقر فلو كان الدين يحل فى نصيبه بمجرد اقراره لزم ان لا تقبل شهادته لما فيه من المغرم قال رحمه الله تعالى وينبغى ان تحفظ هذه الزيادة فان فيها فائدة عظيمة كذا فى العمادية

﴿ باب الاستثناء وما بمعناه ﴾

فى كونه مغيرا كالشرط ونحوه (استثنى بعض ما اقر به متصلا) باقراره (لزمه باقيه) يعنى اذا قال له على عشرة دراهم الا واحدا لزمه تسعة لما تقرر فى الاصول انه تكلم بالباقى بعد الثنيا اى الاستثناء فكأنه قال ابتداء له على تسعة وشرط الاتصال عند عامة العلماء لكونه مغيرا ونقل عن ابن عباس رضى الله تعالى عنه جواز التأخير (ولو كله) اى لو استثنى كله (فكله) اى لزمه كله (لو) كان الاستثناء (بعين لفظه نحو غلمانى كذا الا غلمانى) لانك قد عرفت انه تكلم بالباقى بعد الثنيا ولا باقى بعد الكل فيكون رجوعا والرجوع بعد الاقرار باطل موصولا كان

وجب عليه بسبب فصح معه الجهالة فما الفرق بينه وبين ما ذكرنا من عدم حمله على السبب الموجب للصحة على قول القائل به وفى كل احتمال الفساد والصحة (قوله وان اتحد المجلس فاللازم الف واحد اتفاقا) هذا اذا كان به صك فاما اذا لم يكن به صك واقر بمائة واشهد شاهدين ثم اقر بمائة واشهد شاهدين لا رواية فيه واختلف المشايخ فيه ذكر الكرخى انه يلزمه مالان على قول ابى حنيفة وذكر الطحاوى انه يلزمه مال واحد عندهم جميعا ووجه كل فى المحيط (قوله احد الورثة اقر بالدين) اى وحده دون باقى الورثة (قوله قيل يلزمه كله) يعنى ان وفى ما ورثه به كما فى البرهان واذا صدقوا جميعا لكن على التفاوت كرجل مات عن ثلاث بنين وثلاثة آلاف فاقتسموها واخذ كل الفا فادعى رجل على ابيهم ثلاثة آلاف فصدقه الاكبر فى الكل والاوسط فى الالفين والاصغر فى الالف اخذ من الاكبر الف ومن الاوسط خمسة اسداس الالف ومن الاصغر ثلث الالف عند ابى يوسف وقال محمد فى الاصغر والاكبر كذلك وفى الاوسط يأخذ الالف ووجه كل فى الكافى ﴿تنبيه﴾ لو قال المدعى عليه عند القاضى كل ما يوجد فى تذكرة المدعى بخطه فقد التزمته ليس باقرار لانه قيده بشرط لا يلائمه فانه ثبت عن اصحابنا رحمهم الله تعالى ان من قال كل ما اقر على فلان فأنا مقر له به لا يكون اقرارا لانه يشبه وعدا كذا فى المحيط

﴿ باب الاستثناء وما بمعناه ﴾

(قوله استثنى بعض ما اقر به متصلا باقراره لزمه باقيه) شامل لاستثناء الاكثر وهو ظاهر الرواية وروى عن ابى يوسف انه لا يصح استثناء نحو تسعة من عشرة فتلزمه العشرة والصحيح جواب ظاهر الرواية كذا ذكره قاضى زاده عن البدائع

(قوله بخلاف ما اذا كان الاستثناء بغير ذلك اللفظ) منه قوله ثلث مالي لبكر الا الفا والثلث الف لانه توهم بقاء شيء يكفي لصحة الاستثناء ولا يشترط حقيقة البقاء (قوله استثنى وزنيا او كيليا من دراهم صح) هل يشمل المستغرق قيمة قال الشيخ علي المقدسي رحمه الله تعالى لو استثنى دنانير من دراهم او مكيلا او موزونا على وجه يستوعب المستثنى منه كقوله له عشرة دراهم الا دينارا او قيمته اكثر او الا كر بر كذلك ان مشينا على ان استثناء الكل بغير لفظه صحيح ينبغي ان يبطل الاقرار لكن ذكر في البزازية ما يدل على خلافه قال على دينار الا مائة درهم بطل الاستثناء لانه اكثر من الصدر ما في هذا الكيس من الدراهم لفلان الا الفا ينظر ان فيه اكثر من الف فالزيادة للمقر له والالف للمقر وان الفا او اقل فكلها للمقر له لعدم صحة الاستثناء قلت

ووجهه ظاهر بالتأمل وفي الينابيع على مائة درهم الا عشرة دنانير وقيمتها مائة او اكثر لا يلزمه شيء ووجهه بما ذكرنا اولا ومثله في الجوهرة اه ونقله قاضي زاده من الذخيرة (قوله ولو استثنى غيرهما) اي غير كيلي ووزني منهما اي من الدراهم لا اي لا يصح يعني لا يصح الاستثناء فيجبر على البيان ولا يمتنع به صحة الاقرار لما تقرر ان جهالة المقر به لا تمنع صحة الاقرار ولكن جهالة المستثنى تمنع صحة الاستثناء ذكره قاضي زاده (قوله اذا وصل باقراره ان شاء الله ابطله) كذا ان شاء فلان فشاء فهو باطل كما في المحيط وينظر مع ما قدمناه في تعليق الطلاق بمشيئة العبد فشاء في مجلسه صح ووقع الطلاق (قوله اقر بشرط الخيار لزمه) هذا بخلاف ما لو كان في اقراره تعليق الشرط لما قال في المحيط لو قال لفلان علي الف درهم الا ان يبدو لي او ارى غير ذلك لا تلزمه لان هذا اللفظ تعليق الشرط لان معناه ان لم ار غير ذلك وان لم يبد لي غير ذلك ولهذا لو قال لامرأته انت طالق الا ان يبدو لي او الا ان ارى غير ذلك كان تعليقا بالشرط فكذا هذا او لو قال لفلان علي الف درهم فيما اعلم فهو باطل اه (قوله لان التعليق بمشيئة الله تعالى ابطال عند محمد الخ) وقيل (الاخبار) لخلاف على العكس لما قال قاضي زاده قال المصنف في تعليل مسئلة الكتاب لان الاستثناء بمشيئة الله اما ابطال كما هو مذهب ابي يوسف او تعليق كما هو مذهب محمد كذا ذكره الامام قاضيخان في طلاق الجامع الكبير واختاره بعض شراح هذا الكتاب يعني الهداية وقيل الاختلاف على العكس كما ذكره في طلاق الفتاوى الصغرى والتتمة واختاره بعض آخر من شراح هذا الكتاب وثمرة الخلاف تظهر فيما اذا قدم المشيئة فقال ان شاء الله انت طالق عند من قال انه ابطال لا يقع الطلاق وعند من قال انه تعليق يقع لانه اذا قدم الشرط ولم يذكر حرف الجزاء لم يتعلق وبقي الطلاق من غير شرط فيقع وكيفما كان لم يلزمه الاقرار كما بينه المصنف بقوله فان كان الاول وهو الابطال فقد بطل وان كان الثاني وهو التعليق فكذلك اما لان الاقرار لا يحتمل التعليق بالشرط او لانه شرط لا يوقف عليه اه

او مقصورا فاذا استثنى الكل لزمه الكل وبطل الاستثناء (بخلاف) ما اذا كان الاستثناء بغير ذلك اللفظ نحو غلماني كذا (الا فلانا وفلانا وفلانا ولا غلام له غيرهم) فانه اذا كان بغير اللفظ الاول امكن جعله تكلما بالباقي بعد الثنيا الا انه انما صار كلا ضرورة عدم ملكه فيما سواه لا لامر يرجع الى اللفظ فبالنظر الى ذات اللفظ امكن ان يجعل المستثنى بعض ما يتناوله الصدر والامتناع من خارج بخلاف ما اذا كان بعين ذلك اللفظ حيث لا يمكن جعله تكلما بالباقي بعد الثنيا (كذا) اذ قال غلماني كذا (الا هؤلاء) فانه يصح ايضا لوجود التغاير اللفظي (استثنى وزنيا او كيليا من دراهم صح قيمة) يعني لو قال له علي مائة درهم الا دينارا او الا قفيز حنطة صح عند ابي حنيفة وابي يوسف ولزمه مائة درهم الا قيمة الدينار او القفيز والقياس ان لا يصح هذا الاستثناء وهو قول محمد وزفر لان الاستثناء اخراج بعض ما يتناوله صدر الكلام على معنى انه لولا الاستثناء لكان داخلا تحت الصدر وهذا لا يتصور في خلاف الجنس لكنهما صححاه استحسانا بان المقدرات جنس واحد معنى وان كانت اجناسا صورة لانها تثبت في الذمة ثمنا اما الدينار فظاهر وكذا غيره لان الكيلي والوزني مبيع باعيانهما ثمن باوصافهما حتى لو عينا تعلق العقد باعيانهما ولو وصفا ولم يعينا صار حكمهما كحكم الدنانير ولهذا يستوي الجيد والردي فيهما او كانت في حكم الثبوت في الذمة كجنس واحد معنى فالاستثناء تكلم بالباقي معنى لا صورة (ولو) استثنى (غيرهما) اي غير وزني وكيلي (منها) اي من الدراهم (لا) اي لا يصح عندنا خلافا للشافعي له انهما اتحدا جنسا من حيث المالية ولنا ان ذلك القدر لا يفيد الاتحاد الجنسي بل لا بد من وصف الثمنية ولو معنى كما عرفت (اذا وصل باقراره ان شاء الله ابطله) اي ابطل وصله الاقرار لان التعليق بمشيئة الله ابطال عند محمد فيبطل قبل انعقاده للحكم وتعليق بشرط لا يوقف عليه عند ابي يوسف فكان اعداما من الاصل (اقر بشرط الخيار) بان قال لفلان علي الف درهم على اني بالخيار ثلاثة ايام (لزمه المال) لصحة الاقرار لوجود الصيغة الملزمة (وبطل شرطه) لان الاقرار اخبار ولا مدخل للخيار في

الاخبار لانه ان كان صدقا فهو واجب العمل به وان لم يخبر وان كان كذبا فهو واجب الرد فلا يتغير باختياره وعدم اختياره وانما تأثير اشتراط الخيار في العقود ليتخير من له الخيار بين فسخه وامضائه (اقر بدار واستثنى بناءها) بان قال هذه الدار لفلان الابناءها (كانا) اى الارض والبناء (للمقر له) ولم يصح استثناؤه لان اسم الدار لا يتناول البناء مقصودا اذ الدار اسم لما أدير عليه الحائط من البقعة والبناء يدخل تبعا لا لفظا ولهذا لو استحق البناء قبل القبض لا يسقط شئ من الثمن بمقابلته بل يتخير المشترى والاستثناء انما يكون بما يتناوله الكلام نصا لانه تصرف لفظى اقول يرد على ظاهره ان كون البناء جزأ من الدار مما لا يخفى على احد ولهذا يضمن باتلافه فيكون كواحد من عشرة فاوجه عدم صحة استثنائه وتحقيق معرفة وجهه موقوف على مقدمة تقررت فى علمى الكلام والاصول وهى ان الركن قسمان احدهما اصلى وهو الذى دخل فى مدلول الاسم بحيث اذا انتفى لم يصح اطلاق الاسم على الباقى كواحد من العشرة ورأس من الحيوان وثانيهما زائد وهو الذى دخل فى مدلول الاسم لكن اذا انتفى لا ينتفى اطلاق الاسم على الباقى كيد زيد ورجله حتى اذا قال هذا العبد لزيد الا يده اورجله لم يجز وبهذا التحقيق يظهر دفع ما يرد على ظاهر قولهم الاقرار فى الايمان ركن زائد بان الركنية تقتضى الدخول والزيادة تقتضى الخروج فكيف يجتمعان ووجه الدفع ان الدخول بالنظر الى تناول اللفظ ظاهرا والخروج بالنظر الى التبعية حقيقة فلا منافاة (وفص الخاتم ونخلة البستان وطوق الجارية كبنائها) اى كبناء الدار فى كونها من متناول اللفظ تبعا لا لفظا حتى لم يصح استثناؤها ايضا بخلاف ما اذا قال الاثلثها او بيتا منها لانه دخل فيه لفظا فصح الاستثناء (كذا اذا قال بناؤها لى وارضها لفلان) يعنى اذا قال هكذا كانت الارض والبناء لفلان اذ الاقرار بالارض اقرار بالبناء تبعا كالاقرار بالدار (ولو قال وعرصتها لفلان) بعد أن قال بناؤها لى (كان كما قال) لان العرصة عبارة عن البقعة الخالية من البناء والشجر فكانه قال بياض هذه الارض دون البناء لفلان (وصح) اى الاقرار (بألف من ثمن قن عينه وانكر قبضه) يعنى قال له على الف درهم من ثمن قن اشتريته منه ولم اقبضه فان ذكر قنا بعينه قيل للمقر له ان شئت فسلم القن وخذ الالف والا فلا شئ لك (فلو سلمه لزم الالف والا فلا) هذه المسئلة على وجوه احدها هذا وهو ان يصدقه ويسلم القن وجوابه ما ذكرنا لان ما ثبت بتصادقهما كالثابت عيانا والثانى ان يقول المقر له القن قنك ما بعته وانما بعتك قنا غيره وفيه المال لازم على المقر لانه اقر بوجوب المال عليه عند سلامة القن له وقد سلم حين اقر ذو اليد بانه ملكه فيلزمه المال والاسباب مطلوبة لاحكامها لا لاعيانها فلا يعتبر التكاذب فى السبب بعد اتفاقهما على وجوب اصل المال والثالث ان يقول القن قنى ما بعتك وحكمه ان لا يلزم المقر شئ لانه انما اقر له بالمال اذا سلم له القن ولم يسلم له والرابع ان يقول القن قنى ما بعته وانما بعتك غيره وحكمه ان يتحالفا لان كلا منهما مدع ومنكر لان المقر يدعى تسليم قن عينه والآخر ينكر والمقر له

(قوله وفص الخاتم ونخلة البستان الخ) فى جعل فص الخاتم متناولا للفظ الخاتم تبعا منافاة لما قدمه من ان اسم الخاتم يشملهما قاله يعقوب باشا ويمكن ان يقال ان مراده بشمول اسم الخاتم الكل فى قوله السابق اعم من الشمول القصدى والتبعى ومراده بنفى دخول الخاتم فى قوله اللاحق نفى الدخول القصدى فلا منافاة بينهما قاله قاضى زاده (قوله وصح) اى الاقرار الف من ثمن قن عينه وانكر قبضه) يوهم لزوم الالف لحكمه بصحة الاقرار مع عدم القبض ولا يلزمه الا اذا سلم القن اليه لقوله بعد فلو سلمه لزم الالف والا فلا فكان الاولى ان يقول مكان قوله صح اقر بألف من ثمن قن عينه وانكر قبضه فلو سلمه لزم الالف والا فلا اه (قوله وانما بعتك قنا غيره وفيه المال لازم) اطلقه عن ذكر التسليم وقد نص عليه الزيلعى بقوله وانما بعتك عبدا آخر وسلمه وكذا ذكر التسليم قاضى زادة والاكمل فى العناية اه وبقى من مفهوم عبارة المصنف متناما لو صدقه فى ادعاء المعين ولم يدفعه اليه فلا يلزمه شئ الا بتسليمه

يدعى على المقر انه باعه غيره وهو ينكر واذا تحالفا انتفى دعوى كل منهما عن صاحبه فلا يقضى عليه بشئ والعبد سالم له في يده هذا اذا عين القن (وان لم يعينه لزم) اى الالف (ولغا انكاره) اى لا يصدق في قوله ماقبضت عند ابي حنيفة (وصل اوفصل) لانه رجوع عما اقر به والرجوع عن الاقرار باطل (كقوله من ثمن خمر او خنزير) يعني لو قال لفلان على الف درهم من ثمن خمر او خنزير لزمه الالف وصل اوفصل لكونه رجوعا بعد الاقرار وقالا ان وصل صدق وان فصل لم يصدق لانه بيان تغيير فصح موصولا لا مفصولا كالاستثناء والشرط (وفي من ثمن متاع اوقرض وهي زيوف اونبهرجة اوستوقة اورصاص لزمه الجيد) يعني لو قال له على الف درهم من ثمن متاع اوقال اقرضني الف درهم ثم قال هي زيوف اونبهرجة اوستوقة اورصاص اوقال الا انها زيوف اوقال لفلان على الف درهم زيوف من ثمن متاع وقال المقر له جياد لزمه الجياد عند ابي حنيفة وصل اوفصل لمامر وقالا ان وصل صدق والا فلا لمامر ايضا (وفي من غصب اووديعة) عطف على قوله وفي من ثمن (ان ادعى) متعلق بقوله وفي من غصب (احد هذه المذكورات الاربع) يعني ان قال له على الف درهم من غصب او وديعة الا انها زيوف اونبهرجة (صدق) اى المدعى وصل اوفصل اذ لا اختصاص للغصب والوديعة بالجياد دون الزيوف لان الغاصب يغصب ما يجد والمودع يودع ما يحتاج الى حفظه فلم يكن قوله زيوف تغيير الاول كلامه بل هو بيان للنوع فصح موصولا ومفصولا (الا فصلا في الاخيرين) يعني ان قال له على الف درهم من غصب اووديعة الا انها ستوقة اورصاص فان وصل صدق وان فصل لا اذ الستوقة ليست من جنس الدراهم ولهذا لا يجوز بها التجوز في الصرف والسلم لكن الاسم يتناولها مجازا فكان بيان تغيير فصح موصولا لا مفصولا (قال غصبت ثوبا وجاء بمعيب صدق بيمينه) ان لم يثبت الخصم سلامته لان الغصب لا يقتضي السلامة (كما في قوله على الف الا انه ينقص كذا متصلا) لما عرفت ان الاستثناء يصح متصلا لا منفصلا (قال) رجل (لآخر اخذت منك الفا وديعة فهلكت وقال الآخر بل غصبا ضمن) اى المقر لانه اقر بسبب الضمان وهو اخذ مال الغير ثم ادعى ما يوجب البراءة عنه وهو الاذن بالاخذ والآخر ينكره فكان القول قوله مع يمينه الا ان ينكل عن اليمين فحينئذ يلزمه المال (بخلاف قوله غصبتنيه في رد) قوله (اعطيتنيه وديعة) اى لو قال المقر اعطيتني الف درهم وديعة فهلك وقال المالك لا بل غصبته مني لا يضمن المقر لانه لم يقر بسبب الضمان والمقر له يدعي عليه سبب الضمان وهو ينكر فكان القول قوله (قال كان هذا وديعة له عندك فاخذته فقال هو لي اخذه) يعني اذا اخذ رجل من رجل شيأ فقال الآخذ كان هذا وديعة لي عندك فاخذته فقال المأخوذ منه هو لي اخذه المأخوذ منه لان الآخذ اقر باليد له ثم الاخذ منه وهو سبب الضمان كما بين وادعى استحقاقه عليه فلا يقبل بل يجب عليه رد عينه قائما اوقيمته هالكا (صدق من قال اجرت فرسي اوثوبي) اى فلانا (فركبه اولبسه ورده الي وقال فلان كذبت بل الفرس والثوب لي وقد اخذتهما مني ظلما فالقول للمقر وللآخر

(البينة)

(قوله وان لم يعينه لزم اى الالف ولغا انكاره) اى اذا كذبه المقر له وان صدقه في السبب بان قال بعتكه فكذلك عند ابي حنيفة لانه لزمه الثمن بالاقرار فلا يسقط عنه الا اذا اقر المقر له ان المقر لم يقبض المبيع كذا في التبيين (قوله وقالا ان وصل صدق) اى في المسئلتين المشبهة والمشبه بها (قوله يعني لو قال له على الف درهم من ثمن متاع الخ) بخلاف ما اذا قال الا انها وزن خمسة ونقد البلد وزن سبعة حيث يصح موصولا لا مفصولا ولو قال على كر حنطة من ثمن دار الا انها رديئة يصح موصولا ومفصولا كما في التبيين والزيوف جمع زيف وهو ما يقبله التجار ويرده بيت المال والنبهرجة دون الزيوف فانها مما يرده التجار ايضا والستوقة اردأ من النبهرجة (قوله الا ان ينكل عن اليمين فحينئذ يلزمه المال) صوابه لا يلزمه المال ثم ماذكر من الضمان بخلاف ما اذا قال بل اخذتها قرضا في جواب قوله اخذت منك الفا وديعة حيث يكون القول المقر وعلى هذا اذا اقر باخذ الثوب وديعة وقال المقر بل اخذته بيعا كان القول قول المقر كما في التبيين (قوله صدق من قال اجرت فرسي اوثوبي الخ) قول ابي حنيفة وقالا القول قول من اخذ منه البعير والثوب وهو القياس وذكر في النهاية انما الا خلاف بينهم اذا لم تكن الدابة معروفة للمقر ولو كانت معروفة كان القول قوله بالاجماع وعزاه الى الاسرار كما في التبيين

البينة (اوخاط ثوبي هذا بكذا فقبضته) اى لوقال خاط فلان ثوبي هذا بنصف درهم ثم قبضته وقال فلان الثوب ثوبي فالقول للمقر ايضا (قال هذا الالف وديعة لزيد لا بل لبكر فالالف لزيد وعلى المقر مثله لبكر)لانه لما اقربه لزيد صح اقراره له وصار ملكا له وقوله بعد ذلك لا بل لبكر رجوع عنه فلا يقبل قوله فى حق زيد ويجب عليه ضمان مثلها لبكر (اقربدين لانسان ثم قال كنت كاذبا فيه) اى فى اقرارى (حلف المقرله على عدم كذبه) اى على ان المقر ما كان كاذبا فيما اقر لك به ولست بمبطل فيما تدعيه عليه عند ابى يوسف وعندهما يؤمر بتسليم المقر به الى المقرله والفتوى على انه يحلف المقرله لجريان العادة بين الناس انهم يكتبون صك الاقرار ثم يأخذون المال كذا فى الكافى

باب اقرار المريض

يعنى مرض الموت (دين صحته مطلقا) اى سواء علم بسببه اوعلم باقراره بها (و)دين (مرض موته بسبب فيه) اى فى مرضه (معروف) كبدل ما ملكه اواهلكه اومهر مثل عرسه وعلم معاينة (يقدمان على ما اقربه فيه) اى فى مرضه وعند الشافعى هذا يساوى الاولين لاستواء السبب وهو الاقرار ولنا ان المريض محجور عن الاقرار بالدين مالم يفرغ عن دين الصحة فالدين الثابت باقرار المحجور لايزاحم الدين الثابت بلا حجر كعبد مأذون اقر بالدين ثم اقر بالدين بعد الحجر فالثانى لايزاحم الاول (والكل) اى دين الصحة ودين المرض بسبب فيه معروف ودين المرض الذى علم بمجرد الاقرار فيه يقدم (على الارث) لان قضاء الدين من الحوائج الاصلية وحق الورثة يتعلق بالتركة بشرط الفراغ ولهذا يقدم حاجته فى التكفين (ولم يجز تخصيص غريم بقضاء دينه ولا اقراره لوارثه) سواء اقربدين اوعين لقوله صلى الله عليه وسلم ان الله تعالى اعطى كل ذى حق حقه الا لا وصية لوارث (الا بتصديق البقية) اى بقية الغرماء وبقية الورثة لان المانع من التخصيص تعلق حقهم بالتركة فاذا صدقوه زال المانع وجاز التخصيص (وجاز) اى اقرار المريض (لغيره) اى لغير الوارث لوجود المقتضى وانتفاء المانع اما الاول فلانه تصرف فى خالص ماله وهو يقتضى الجواز واما الثانى فلان المانع من الجواز كان الارث وقد انتفى (ولو) وصلية كان اقراره (بكل ماله) لماروى عن ابن عمر رضى الله عنهما انه قال اذا اقر الرجل فى مرضه بدين لرجل غير وارث فانه جائز وان احاط ذلك بماله والقياس ان لايصح اقراره الا فى الثلث لان الشرع قصر تصرفه على الثلث وتعلق بالثلثين حق الورثة ولهذا لو تبرع بجميع ماله لم ينفذ الا فى الثلث فكذا اقراره وجب ان لاينفذ الا فى الثلث ولكن ترك القياس لماروى عن ابن عمر رضى الله عنهما (اقرله) اى لاجنبى (بمال ثم)اقر (ببنوته ثبت نسبه وبطل اقراره و)اقر (لاجنبية ثم نكحها صح) اقراره لها وعند زفر يبطل هذا الاقرار ايضا للتهمة ولنا انه اقر وليس بينهما سبب التهمة فلا يبطل بسبب يحدث بعده بخلاف المسئلة الاولى لان دعوة النسب تستند الى زمان العلوق فيظهر ان البنوة ثابتة زمان الاقرار فلا يصح اما الزوجية

(قوله اوخاط ثوبي هذا بكذا) هو على الخلاف المتقدم فى الصحيح خلافا لمن توهم ان القول للمقر اجماعا وليس بشئ كما فى التبيين (قوله اقربدين لانسان الخ) تقدم فى كتاب الدعوى عن الزيلعى بأوسع من هذا والله اعلم

باب اقرار المريض

(قوله اومهر مثل عرسه) قيد بمهر المثل لان الزيادة عليه باطلة والنكاح جائز كما فى العناية (قوله ولم يجز تخصيص غريم بقضاء دينه) ليس على عمومه لان ثمن ما اشتراه بمثل القيمة او قرضا فى مرضه ثبت كل منهما بالبينة يصح التخصيص به ولا يتوقف على اجازة الباقين كما فى البرهان والكافى وقاضى زاده (قوله ولا اقراره لوارثه الا بتصديق البقية) قال قاضى زاده الا اذا اقر باستهلاك وديعة لوارثه فيختص به الوارث اه وفى كلام المصنف اشارة لما اذا تعدد الوارث ولولم يكن هناك وارث آخر فأوصى لزوجته او اوصت لزوجها تصح الوصية والمسئلة مذكورة فى كتاب القضاء من فرائض العتابى خلافا لابى يوسف فى الاخير كما فى اصلاح الايضاح وفرضها فى احد الزوجين لان غيرهما يرث الكل فرضا وردا بكونه صاحب فرض منفردا اوبكونه ذا رحم فلا يحتاج الى الوصية (قوله وجاز لغيره) اى لغير الوارث ولو بكل ماله اى وليس عليه دين ولو فى المرض بسبب معروف قاله قاضى زاده (قوله اقرله بمال ثم اقر ببنوته الخ) اى وقد جهل نسبه وصدقه وهو من اهل التصديق ولو كذبه اوكان معروف النسب من غيره لزمه ما اقربه ولا يثبت النسب كما فى الينابيع

فيقتصر على زمان التزوج فلا يظهر ان اقراره كان لزوجته (بخلاف الهبة والوصية) اى بخلاف ما لو وهب لها شيا او اوصى لها بشئ ثم تزوجها فانهما يبطلان اتفاقا فان الوصية تمليك بعد الموت وهى وارثة حينئذ فلا تصح والهبة فى المرض وصية حتى لا تنفذ الا من الثلث كما سيأتى بيانه فى كتاب الوصية فصارت كالوصية (ولو اقر بدين لمن طلقها فيه) اى مرض موته (فلها الاقل من الارث) اى ميراثها منه (والدين) لقيام التهمة ببقاء العدة وباب الاقرار كان منسدا لبقاء الزوجية فربما اقدم على الطلاق ليصح اقراره لها بزيادة على ارثها ولا تهمة فى اقلهما فيثبت (اقر) رجل (ببنوة غلام) حيث قال هذا ابنى (جهل نسبه فى مولده) وقدمر بيان فائدة هذا القيد (ويولد مثله لمثله وصدقه) اى الغلام ذلك المقر (وهو من اهله) اى من اهل تصديق (ثبت نسبه) اى نسب الغلام (منه) اى المقر (وشارك) اى الغلام (الورثة) بشرط جهالة النسب لانه لو علم لم يثبت من الغير وان يولد مثله لمثله لئلا يكون مكذبا ظاهرا وان يصدقه الغلام لان المسئلة فى غلام يعبر عن نفسه فلا بد من تصديقه لانه فى يد نفسه حتى اذا كان صغيرا لا يعتبر تصديقه ولذا قال وهو من اهله وشارك الورثة لانه لما ثبت نسبه منه صار كالوارث المعروف (صح اقراره) اى الرجل (بالولد والوالدين) لانه اقرار على نفسه وليس فيه حمل النسب على الغير (والزوجة والمولى) لان موجب اقراره يثبت بينهما بتصادقهما بلا اضرار باحد فينفذ (و) صح (اقرارها بالوالدين والزوج والمولى) لان الاصل ان اقرار الانسان حجة على نفسه لا على غيره وبالاقرار بهؤلاء لا يكون اقرارا الا على نفسه فيقبل (وشرط تصديقهم) لان اقرار غيرهم لا يلزمهم لان كلا منهم فى يد نفسه الا اذا كان المقر له صغيرا فى يد المقر وهو لا يعبر عن نفسه او عبدا له فيثبت نسبه بمجرد الاقرار (ولو كان عبدا لغيره يشترط تصديق مولاه كما شرط تصديق الزوج فى دعوى المرأة الولد او شهادة امرأة) قابلة كانت او غيرها (فى اقرار) امرأة (ذات زوج بالولد وعدم العدة فى غيرها) اى فى اقرار امرأة غير ذات الزوج يعنى اذا لم تكن المرأة ذات زوج ولا معتدة صح اقرارها بالولد لان فيه الزاما على نفسها دون غيرها فينفذ عليها (وصح التصديق بعد موت المقر الا من الزوج بعد موتها مقرة) يعنى صح التصديق فى النسب بعد موت المقر لبقاء النسب بعد الموت وان اقر بنكاحها ومات فصدقته بعد موته يصح حتى يكون لها المهر والارث لبقاء حكم النكاح

(قوله ولو اقر بدين لمن طلقها فيه اى فى مرض موته) اطلق فى الطلاق وقيده فى الهداية بالثلاث وبريد البائن ولو بدون الثلاث وكذا فى الكنز ولم يذكر انه بسؤالها وقال الزيلعى هذا اذا طلقها بسؤالها وان طلقها بلا سؤالها فلها الميراث بالغا ما بلغ ولا يصح الاقرار لها لانها وارثة اذ هو فار اه وقال قاضى زاده انه تتبع عامة المعتبرات حتى الجامع والمحيط وانما وجدت المسئلة وجدتها مقيدة بكون الطلاق بسؤال المرأة او بأمرها فالظاهر ما ذكره الزيلعى واما عدم تعرض المصنف وصاحب الكافى وكثير من الشراح ههنا للقيد المذكور فيجوز ان يكون بناء على ظهوره مما صرح به فى كتاب الطلاق اه (قوله فلها الاقل من الارث والدين) ويدفع لها بحكم الاقرار لا بحكم الارث حتى لا تصير شريكة فى اعيان التركة (قوله اقر رجل ببنوة غلام الخ) قال فى الهداية ولو كان مريضا ثم لا يخفى ان المسئلة المتقدمة مندرجة فى هذه (قوله ويولد مثله لمثله وصدقه) فان لم يكن كذلك يؤاخذ المقر به من حيث استحقاق المال كما لو اقر بأخوة غيره كما قدمناه عن الينابيع (قوله صح اقراره اى الرجل بالولد والوالدين) عاد صحة الاقرار بالولد الذكر جملة ما يصح فى جانب الرجل وافاد بالصراحة صحة الاقرار بالام قال فى العناية وهو رواية تحفة الفقهاء ورواية شرح الفرائض للامام سراج الدين المصنف والمذكور فى المبسوط والايضاح والجامع الصغير للامام المحبوبى ان اقرار الرجل يصح بأربعة نفر بالاب والابن والمرأة ومولى العتاقة اه ومن الظاهر ان الابن ليس بقيد يخرج صحة الاقرار بالبنت اه وقال فى البرهان يصح اقراره بالولد والوالدين يعنى الاصل وان علا اه وقال العلامة الشيخ على المقدسى فيه نظر لقول الزيلعى اذا اقر بالجد او ابن الابن لا يصح اذ فيه حمل النسب على الغير اه (قوله والزوجة) اى الخالية عن زوج وعدته وليس مع المقر من يمتنع جمعه معها ولا اربع سواها كما ذكره قاضى زاده (قوله والولى) اى الاعلا والاسفل اذا لم يكن ولاؤه ثابتا من الغير ذكره قاضى زاده (قوله وان اقر بنكاحها ومات فصدقته بعد موته يصح) هو بالاتفاق قاله الاكمل وغيره وقال فى البرهان وتصديقه اى المقر له بعد موتها على نكاح اقرت له به لغو عند ابى حنيفة لانها لما ماتت زال النكاح بجميع علائقه وعندهما تصديقه بعد موتها صحيح وعليه مهرها وله الميراث منها لان الاقرار يتم بالمقر وحده ولا يبطل بالموت وقيل الاصح ان الاختلاف فى تصديقها اياه بعد موته فلا يصح عند ابى حنيفة لان ثبوت المقر به

وهو النكاح بعد موته محال فلا يتصور ابقاؤه وعندهما يصح حتى يجب لها المهر لانها محل للنكاح فأمكن بقاؤه ببقائها ولذا جاز لها غسله بخلاف ما اذا ماتت لفوات المحل ولذا لا يغسلها اه فالاتفاق المذكور فى العناية يخالفه هذا (قوله يعنى ان كان للمقر وارث معروف قريب او بعيد فهو احق بالارث من المقر له حتى لو اقر بأخ وله عمة او خالة فالارث للعمة او الخالة) كذا صرح فى العناية بأن الوارث القريب كذوى الفروض والعصبات مطلقا والبعد كذوى الارحام اه ويخالفه قول الزيلعى ان كان للمقر وارث لا يرث المقر له لان النسب لم يثبت باقراره فلا يستحق الميراث مع وارث معروف قريبا كان ذلك الوارث كذوى الارحام او بعيدا كمولى الموالاة اه وما قاله الزيلعى اوجه لان مولى الموالاة ارثه بعد ذوى الارحام مقدم على المقر له بنسب على الغير اه وقال الزيلعى ما يأخذه المقر له ارث من وجه حتى او صى لغيره بأكثر من الثلث لا ينفذ الا باجازته ﴿ ٣٦٩ ﴾ ما دام المقر مصرا على اقراره وصية من وجه حتى كان للمقر ان يرجع عن الاقرار

النكاح وهو العدة وان اقرت بنكاح رجل وماتت فصدقها الزوج لم يصح تصديقه عند ابى حنيفة لانها لما ماتت زال النكاح بعلائقه حتى يجوز له ان يتزوج اختها او اربعا سواها ولا يحل له ان يغسلها فبطل اقرارها فلا يصح التصديق بعد بطلان الاقرار (اقر بنسب من غير ولاد كأخ وعم لم يثبت) اى النسب ولا يقبل اقراره فى حقه لان فيه تحميل النسب على الغير فاذا ادعى نفقة او حضانة يعتبر فى حقها (وورث الا مع وارث وان بعد) يعنى ان كان للمقر وارث معروف قريب او بعيد فهو احق بالارث من المقر له حتى لو اقر باخ وله عمة او خالة فالارث للعمة او الخالة لان نسبه لم يثبت فلا يزاحم الوارث المعروف (مات ابو فاقر باخ شاركه فى الارث بلا نسب) لان مقتضى اقراره شيئان حمل النسب على الغير ولا ولاية له عليه ... فيعتبر الثانى لا الاول (اقر احد ابنى ميت له) اى لذلك الميت (على آخر دين بقبض) متعلق باقر (أبيه نصفه لا شئ له والنصف للآخر) يعنى ان مات وترك ابنين وله على رجل الف درهم فاقر احد الابنين ان اباه قبض منه نصفه وكذبه الآخر فلا شئ للمقر وللمكذب نصفه لان الاقرار باستيفاء الدين اقرار بالدين على الميت لان قبض الدين انما يكون بقبض عين مضمون يصير دينا فيتقاصان فاذا كذبه اخوه استغرق الدين نصيبه فالم يقبض جميع الدين لا يكون له من الميراث شئ (ولا يرجع المقر على اخيه بنصف ما قبض وان تصادقا على اشتراكه) اى المقبوض (بينهما) لانه لو رجع على اخيه لرجع اخوه على الغريم فيرجع الغريم على المقر بقدر ذلك لانتقاض المقاصة فى ذلك القدر وبقائه دينا على الميت والدين مقدم على الارث فيؤدى الى الدور

فصل

حرة اقرت بدين فكذبها زوجها صح) اى اقرارها (فى حقه) اى حق زوجها عند ابى حنيفة (حتى تحبس وتلازم) كالدين الثابت بالمعاينة بالاستهلاك او الشراء او البينة (وعندهما لا) اى لا تصدق فى حق الزوج فلا تحبس ولا تلازم لانه فيه منع الزوج عن غشيانها واقرارها لا يصح فيما يرجع الى بطلان حق الزوج

لان نسبه لم يثبت فلا يلزمه كالوصية اه وفيه اشارة الى ان المقر بنحو الولد والوالدين ليس له الرجوع عنه وبذلك صرح فى الاختيار بقوله واذا صح الاقرار بهؤلاء اى بنحو الولد والوالدين لا يملك المقر الرجوع فيه لان النسب اذا ثبت لا يبطل بالرجوع وله الرجوع اذا اقر عن لا يثبت نسبه كقرابة غير الولاد لانه وصية معنى فان اقراره تضمن امرين تحميل النسب على الغير والثانى الاقرار له بالمال وانه يملكه عند عدم الوارث فيصح والاول لا يملكه فبطل اه وهذا الفرق من مفردات الاختيار فليتنبه له فانه مهم (قوله والنصف للآخر) قال الاكمل يعنى بعد ان يحلف بالله انه لا يعلم ان اباه قبض منه شطر المائة اه ولو اقر ان اباه قبض كل الدين والمسئلة بحالها كان جوابها كالاولى الا انه هنا يحلف المنكر لحق المدين بالله ما يعلم انه قبض الدين فان نكل برئت ذمته وان حلف دفع اليه نصيبه بخلاف المسئلة الاولى حيث لا يحلف لحق الغريم لان حقه كله حصل له من جهة المقر فلا حاجة الى تحليفه وهنا لم يحصل له الا النصف فيحلفه اه كذا فى التبيين وقدمنا عن العناية انه يحلف فى المسئلة الاولى لكنه لم يذكر انه يحلف لحق من فليتأمل (قوله لان قبض الدين انما يكون قبض عين مضمون) اصله قول الكافى الا ان عبارته انما يكون بقبض عين مضمون اه اى ان الديون تقضى بامثالها لا بأعيانها فاذا قبض مثل دينه وجب عليه مثله للمديون وله عليه مثله فيلتقيان قصاصا (قوله فالم يقبض) اى من له ولاية القبض جميع الدين لا يكون له اى المقر من الميراث شئ ﴿ فصل ﴾

(درر ٤٧ ني) ٥١

مجهولة النسب اقرت بالرق لانسان وصدقها) المقرله (ولها زوج واولاد منه) اى من الزوج (وكذبها) اى الزوج (صح في حقها) اى في حق المرأة حتى اذا علق بعد الاقرار ولد يكون رقيقا (لا حقه وحق الاولاد) تفرع على قوله لا حقه بقوله (حتى لا يبطل النكاح) وفرع على قوله وحق الاولاد بقوله (واولاد) حصلت (قبل الاقرار وما في بطنها وقته) اى وقت الاقرار (احرار) لحصولهم قبل اقرارها بالرق فما ولد علق بعد الاقرار فانه يكون رقيقا عند ابي يوسف اذ حكم برقها وولد الرقيقة رقيق وحر عند محمد لانه تزوجها بشرط حرية اولاده منها فلا تصدق على ابطال هذا الحق (مجهول النسب حرر عبده ثم اقر بالرق لانسان وصدقه صح في حقه حتى صار رقيقا له (دون ابطال العتق) حتى بقي معتقه حرا (فان مات العتيق) اى العبد الذي اعتقه مجهول النسب (رثه وارثه ان كان) اى ان كان له وارث (والا) اى وان لم يكن له وارث (فالمقرله) اى يرثه المقرله لانه كان للمقر وقد اقر للمقرله (فان مات المقر ثم العتيق فارثه لعصبة المقر) لانه لما مات انتقل الولاء اليهم بخلاف ما لو كان حيا (قال لي عليك الف فقال الحق او الصدق او اليقين او انكر) اى قال حقا او صدقا او يقينا (او كرر) اى قال الحق الحق او الصدق الصدق او اليقين اليقين او حقا حقا او صدقا صدقا او يقينا يقينا (او قرن به البر) بأن قال البر الحق او الحق البر الى آخره (كان الاقرار) لانه مما يوصف به الدعوى فصلح للجواب ويستعمل في التصديق عرفا فكأنه قال ادعيت الحق الى آخره (ولو قال الحق حق او الصدق صدق او اليقين يقين لا) اى لا يكون اقرارا لانه كلام تام بخلاف ما تقدم لانه لا يصلح للابتداء (قال لامته يا سارقة يا زانية يا مجنونة يا آبقة او قال هذه السارقة فعلت كذا او باعها فوجد) اى المشتري (بها) اى بالجارية (واحدا منها) اى من هذه العيوب (لا ترد) اى الامة بعد البيع (به) اى بواحد من هذه العبارات لان غير الاخير نداء وقصد المنادي اعلام المنادى واحضاره لا تحقيق الوصف الذي ناداه به ولهذا لو قال لامرأته يا كافرة لا يفرق بينهما والاخيرة شتيمة (بخلاف هذه سارقة او هذه آبقة او هذه زانية او مجنونة) حيث ترد بواحدة من هذه العبارات لانه اخبار وهو لتحقيق الوصف (و) بخلاف (يا طالق او هذه المطلقة فعلت كذا) حيث تطلق امرأته لانه متمكن من اثبات هذا الوصف شرعا فيجعل كلامه ايجابا ليكون صادقا فيما تكلم به وثمة لا يتمكن من اثبات تلك الاوصاف فيها وكان نداء وشتما لا تحقيقا ووصفا كذا في الكافي

كتاب الشهادات

اورده عقيب كتاب الاقرار لما مر ان الحاجة الى الشهادة بعد عدم الاقرار فيكون متأخرا عنه في الاعتبار (هي) اى الشهادة (اخبار بحق للغير على آخر) سواء كان حق الله تعالى او حق غيره (عن يقين) اى ناشئا عن يقين (لا عن حسبان وتخمين) واليه الاشارة بقوله صلى الله عليه وسلم اذا رأيت مثل الشمس فاشهد والا

رفيقا) يعني عند ابي يوسف خلافا لمحمد (قوله لا حقه وحق الاولاد الخ) يرد على كون اقرارها غير صحيح في حقه انتقاص طلاقها لانه نقل في المحيط عن المبسوط ان طلاقها ثنتان وعدتها حيضتان بالاجماع لانها صارت امة وهذا حكم يخصها اه ثم نقل عن الزيادات ولو طلقها الزوج تطليقتين وهو لا يعلم باقرارها ملك عليها الرجعة ولو علم لا يملك وذكر في الجامع لا يملك علم او لم يعلم قيل ما ذكر قياس وما ذكر في الجامع استحسان وهو الصحيح اه وفي الكافي آلى وافرت قبل شهرين فمدته وان قرت بعد مضي شهرين فاربعة والاصل انه متى امكن تدارك ما خاف فوته بافرار الغير ولم يتدارك بطل حقه لان فوات حقه مضاف الى تقصيره حينئذ فان لم يمكنه التدارك لا يصح الاقرار في حقه فاذا اقرت بعد شهر امكن للزوج التدارك في شهر بعده فلم يصر مبطلا حقه واذا اقرت بعد شهرين لا يمكنه التدارك وكذا الطلاق والعدة حتى لو طلقها ثنتين ثم اقرت يملك الثالثة ولو اقرت قبل الطلاق تبين بثنتين ومضت من عدتها حيضتان ثم اقرت يملك الرجعة ولو مضت حيضة ثم اقرت تبين بحيضتين والاصل امكان التارك وعدمه اه (قوله فان مات العتيق يرثه وارثه الخ) كذا في الكافي والمحيط ثم قال في المحيط وان كان للميت بنت كان النصف لها والنصف للمقرله اه وان جنى هذا العتيق سعى في جنايته لانه لا عاقلة له وان جنى عليه يجب ارش العبد وهو كالمملوك في الشهادة لان حريته بالظاهر وهو يصلح للدفع لا للاستحقاق

كتاب الشهادات

(قوله هي اخبار بحق للغير على آخر) يعني بلفظ الشهادة عند القاضي كما قيده به في البرهان

(قوله ولهذا قالوا انها مشتقة من المشاهدة التى بمعنى المعاينة) او قال كالزيلعى فلهذا قالوا انها مشتقة من المشاهدة التى تنبئ عن المعاينة لكان اولى (قوله والحفظ الى وقت الاداء) ظاهره اشتراط الحفظ من وقت التحمل الى الاداء كما فى رواية الحديث على قول الامام ولذلك قلت منه الرواية فى باب الاخبار وعندهما يحل له ان يروى وهذا خلاف ما سيذكره بقوله ولا يشهد من رأى خطه ولم يذكرها حتى يتذكر اه (قوله وجوب الحكم على القاضى بموجبها بعد التزكية) اشتراط التزكية قولهما وهو المفتى به كما سيأتى ولا يجوز للقاضى تأخير الحكم بعد وجود شرائطه الا فى ثلاث رجاء الصلح بين الاقارب واستمهال المدعى واذا كان عند القاضى ريبة كما فى الاشباه والنظائر (قوله وتجب بالطلب فى حق العبد ان لم يوجد غيره) كذا ان وجد لكن هذا اسرع قبولا لا يسعه الامتناع الا فيه من تضييع الحق كما فى الفتاوى الصغرى (قوله ولا يجوز كتمانها لقوله ﴿ ٣٧١ ﴾ تعالى ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا) جرى على ما عليه الاكثر كابن عباس وعطاء انه فى طلب اقامة الشهادة ومفعول ولا يأب محذوف لفهم المعنى اى لا يأب اقامة الشهادة واذا دعوا ظرف ليأب اى لا يمتنعون فى وقت دعوتهم لادائها او قضية ما قرره الحافظ السيوطى ان الآية فى الطلب للتحمل وهو ما جرى عليه قتادة والربيع وهو محمول على ما اذا لم يوجد غيره والا فالاولى الامتناع اه كذا فى التفسير للعلامة محمد الكرخى الشافعى اه والحكم كذلك عندنا فى اولوية امتناع التحمل كما قال فى الفتاوى الصغرى لا بأس للانسان ان يحترز عن قبول الشهادة وتحملها ان وجد غيره والا فلا يسعه الامتناع اه (قوله ثم انه انما يأثم الخ) قاله الزيلعى وهذا اذا كان موضع الشاهد قريبا من موضع القاضى وان كان بعيدا بحيث لا يمكنه ان يغدو الى القاضى لاداء الشهادة ويرجع الى اهله فى يومه ذلك قالوا لا يأثم لانه يلحقه الضرر بذلك وقال تعالى ولا يضار كاتب ولا شهيد ثم ان كان الشاهد شيخا كبيرا لا يقدر على المشى الى الموضع الحاكم وليس له شئ من المركوب فركبه المدعى من عنده قالوا لا بأس به وتقبل الشهادة لانه من باب اكرام الشهود وقد قال عليه السلام اكرموا الشهود وان كان يقدر وركبه المدعى من عنده قالوا لا تقبل اه (قوله وتلقينه للدرء) من اضافة المصدر لفاعله والضمير عائد للنبى صلى الله عليه وسلم واللام فى للدرء للتعليل وقال الزيلعى فما نقل من تلقين المقر للدرء عن النبى صلى الله عليه وسلم واصحابه دلالة ظاهرة على ان الستر افضل (قوله ونصابها للزنا اربعة رجال لقوله تعالى واللاتى يأتين الفاحشة) الدليل وان كان لاثبات الزنا فى جانب النساء مثبت الحكم كذلك للرجال بالمساواة (قوله ونصابها لبقية الحدود والقود رجلان لقوله تعالى فاستشهدوا شهيدين من رجالكم) قال الكرخى الشافعى فى تفسيره واستشهدوا اطلبوا قاله البيضاوى اى فالسين على بابها للطلب ويحتمل كما قال ابو حيان وغيره ان يكون الفعل بمعنى افعل كما قاله الجلال السيوطى اه (قوله ولا تقبل فيها شهادة النساء) لما فيه من شبهة البدل لقوله تعالى فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان وهو آية البدلية وشبهة البدلية تمنع من قبول شهادتهن فيما يسقط بالشبهات لان الشبهة فيها كالحقيقة كما فى الكافى

فدع ولهذا قالوا انها مشتقة من المشاهدة التى بمعنى المعاينة (وشرطها العقل الكامل) بان يكون عاقلا بالغا فلا تقبل شهادة المجنون والصبى (والضبط) وهو حسن السماع والفهم والحفظ الى وقت الاداء (والولاية) بان يكون حرا فلا تقبل شهادة القن (وركنها) الداخل فى حقيقتها (لفظ اشهد) بمعنى الخبر دون القسم ذكره الزيلعى حتى اذا ترك لم تقبل الشهادة وحكمها وجوب الحكم على القاضى بموجبها بعد التزكية) والقياس يأبى كونها حجة ملزمة لانه خبر محتمل الصدق والكذب ولكنه ترك بالنصوص والاجماع (وتجب) اى الشهادة (بالطلب) اى طلب المدعى (فى حق العبد) وانما اعتبر طلبه لانها حقه فيشترط طلبه كسائر الحقوق (ان لم يوجد بدله) ولا يجوز كتمانها لقوله تعالى ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا ثم انه انما يأثم اذا علم ان القاضى يقبل شهادته وتعين عليه الاداء وان علم ان القاضى لا يقبل شهادته او كانوا جماعة فادى غيره ممن يقبل شهادته فقبلت لا يأثم وان ادى غيره ولم يقبل شهادته يأثم من لم يؤد اذا كان ممن يقبل شهادته لان امتناعه يؤدى الى تضييع الحق (دون حق الله تعالى) فانها تجب فيه بلا طلب (كعتق الامة وطلاق المرأة) فان فيهما تحريم الفرج وترك الشهادة فيهما رضا بالفسق والرضا به فسق (وسترها فى الحدود افضل) لقوله عليه الصلاة والسلام للذى شهد عنده لو سترته بثوبك لكان خيرا لك وتلقينه للدرء بقوله لعلك لمستها او قبلتها آية ظاهرة على رجحان الستر (ويقول فى السرقة اخذ لا سرق) احياء لحق المسروق منه ورعاية لجانب الستر (ونصابها للزنا اربعة رجال) لقوله تعالى واللاتى يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن اربعة منكم وقوله تعالى ثم لم يأتوا باربعة شهداء (و) نصابها (لبقية الحدود والقود رجلان) لقوله تعالى فاستشهدوا شهيدين من رجالكم ولا تقبل فيها شهادة النساء لما فيها من شبهة البدلية

(و) نصابها (للولادة واستهلال الصبي للصلاة عليه والبكارة وعيوب النساء في موضع لا يطلع عليه الرجال امرأة واحدة) لقوله صلى الله عليه وسلم شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه والجمع المحلى باللام يراد به الجنس اذا لم يكن ثمة معهود اذ الكل ليس بمراد قطعا فيراد به الاقل لتيقنه (و) نصابها (لغيرها) من الحقوق سواء كان (مالا او غيره كنكاح وطلاق ووكالة ووصية واستهلال الصبي للارث رجلان او رجل وامرأتان) لما روى ان عمر وعليا رضي الله تعالى عنهما اجازا شهادة النساء مع الرجال في النكاح والفرقة كما في الاموال وتوابعها (ولزم في الكل) في الصور الاربع المذكورة (لفظ اشهد للقبول) حتى لو قال الشاهد اعلم او ايقن لا تقبل شهادته لان النصوص وردت بهذا اللفظ وجواز الحكم بالشهادة على خلاف القياس فيقتصر على مورد النص (ولزم ايضا العدالة) وهي كون حسنات الرجل اكثر من سيئاته وهذا يتناول الاجتناب من الكبائر وترك الاصرار على الصغائر لان الصغيرة تكون كبيرة بالاصرار على ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا صغيرة مع الاصرار ولا كبيرة مع الاستغفار (لوجوبه) اي وجوب القبول لقوله تعالى واشهدوا ذوي عدل منكم ولان الخبر يحتمل الصدق والكذب والحجة هو الخبر الصدق وبالعدالة يترجح جهة الصدق اذ من ارتكب غير الكذب من المحظورات يرتكب الكذب ايضا وفيه اشارة الى ان العدالة شرط وجوب العمل بالشهادة لا شرط اهلية الشهادة لان الفاسق اهل للولاية والقضاء والسلطنة والامامة والشهادة عندنا وعن ابي يوسف ان الفاسق اذا كان وجيها في الناس ذا مروأة يقبل شهادته والاصح ان شهادته لا تقبل الا ان القاضي لو قضى بشهادته يصح عندنا كذا في الكافي (وهي) اي الشهادة (او) كانت (على حاضر تجب الاشارة) اي اشارة الشاهد (الى ثلاثة مواضع اعني (الخصمين) اي المدعي والمدعى عليه (والمشهود به لو) كان (عينا) احترازا عن الدين (ولو) كانت (على غائب او ميت فسموه ونسبوه الى ابيه فقط) بان قالوا فلان بن فلان (لا تقبل حتى ينسبوه الى جده ولا ينوب به صناعته) اي ان ذكروا اسمه واسم ابيه وصناعته لا يكفي (الا اذا كان معروفا بها) بان لا يكون في بلده شريك له في تلك الصناعة وان ذكر اسمه واسم ابيه وقبيلته وحرفته ولم يكن في محلته رجل آخر بهذا الاسم وهذه الحرفة يكفي وان كان آخر مثله لا يكفي حتى يذكر شيأ آخر يفيد التمييز واو ذكر اسمه واسم ابيه وفخذه او صناعته ولم يذكر الجد تقبل فشرط التعريف ذكر ثلاثة اشياء فعلى هذا لو ذكر لقبه واسمه واسم ابيه قيل يكفي والصحيح انه لا يكفي وفي اشتراط ذكر الجد اختلاف (ولو قضى بلا ذكر الجد نفذ) وكذا في العمادية (ولا يسأل عن شاهد بلا طعن الخصم (يعني ان القاضي يقتصر على ظاهر العدالة في المسلم ولا يسأل ولا يتفحص ان الشاهد عدل او لا اذا لم يطعن فيه الخصم واذا طعن سأل القاضي عنه في السر وزكي في العلانية (الا في حدود قود) انه يسأل في السر ويزكي في العلانية فيهما بالاجماع طعن الخصم او لا لانه يحتال لاسقاطها فيشترط الاستقصاء فيها (وعندهما يسأل في الكل سرا

(قوله ووصية) قال في الجوهرة المراد بالوصية ههنا الايصاء لانه قال او غير مال فلو كان المراد الوصية لكان مالا اه ولعل الحال لا يفترق في الحكم بين الشهادة بالوصية والايصاء (قوله بان لا يكون في بلده شريك له في تلك الصناعة) لم يشترط هذا في جامع الفصولين بل قال ولو ذكروا اسمه واسم ابيه وصنعاعته لا يكفي الا اذا كانت الصناعة يعرف بها لا محالة فحينئذ يكفي اه (قوله واو ذكر اسمه واسم ابيه وفخذه او صناعته ولم يذكر الجد تقبل الخ) قول لغير القائل [illegible] نقله بعده في جامع الفصولين والعلامة صط ثم قال صاحب الجامع القول الصحيح التعريف لا تكثير الحروف فينبغي ان يكتفي ذكر ما يحصل به التعريف فلو كان معروفا بلقبه وجده ينبغي ان يكتفي ذكر لقبه وجده اه (قوله ولا يسأل عن شاهد بلا طعن الخصم قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى (قوله ويلتمس من المزكي تعريف حالهم) كيفيته ان من عرف حاله بالعدالة يكتب تحت اسمه في كتاب القاضي انه عدل جائز الشهادة ومن عرفه بالفسق يسكت ولا يكتب احترازا عن الهتك ويقول الله اعلم الا اذا عدله غيره وخاف ان يحكم القاضي بشهادته فحينئذ يصرح به ومن لم يعرف حاله يكتب تحت اسمه انه مستور ورد العدول المستورة سرا كيلا تظهر فيؤذى كذا في التبيين

(قوله ومن عرفه بالفسق لا يكتب شيأ) يعني مالم يعدله غيره كما ذكرناه فحينئذ يصرح بفسقه ثم ان المصنف لم يذكر ما اذا لم يعلم حاله وقد ذكرناه (قوله اقول فيه اشكال ﴿ ٣٧٣ ﴾ الخ) يمكن دفعه بالنظر الى الغالب (قوله ولا يصح تعديل الخصم هكذا قال ابو حنيفة

وعلنا) وان لم يطعن الخصم لان بناء القضاء على الحجة وهي شهادة العدل فيتعرف عن العدالة (وبه يفتى) ثم التزكية في السر ان يبعث قطعة قرطاس كتب فيه اسماء الشهود وحليتهم ويلتمس من المزكي تعريف حالهم والتزكية في العلانية ان يجمع القاضي بين المزكي والشهود في مجلس القضاء فيسأل المزكي عن الشهود بحضرة الشهود أهؤلاء عدول مقبول الشهادة ليزكيهم او يجرحهم ووقع الاكتفاء بتزكية السر في زماننا لان تزكية العلانية بلاء وفتنة اذ الشهود والمدعي يقابلون الجارح بالاذى والاضرار به (وكفى للتزكية ان يقول المزكي) اي يكتب المزكي في ذلك القرطاس تحت اسمه (هو عدل) ومن عرفه بالفسق لا يكتب شيأ احترازا عن الهتك او يكتب الله أعلم (وان لم يقل جائز الشهادة) قال في الكافي ثم قيل لا بد ان يقول المعدل هو عدل جائز الشهادة اذ العبد او المحدود في القذف اذا تاب قد يعدل والاصح ان يكتفي بقوله هو عدل لثبوت الحرية بالدار اقول فيه اشكال لان المحدود في القذف التائب قد يكون عدلا كما ذكره فلا بد من قوله جائز الشهادة ليخرج وهذا لا يرد على عبارة الهداية اذ لم يذكر فيها المحدود في القذف لكن لا بد فيه ايضا من اعتبار هذا القيد ليخرجه فحينئذ لا يكون الاكتفاء بقوله هو عدل اصح (ولا يصح تعديل الخصم) هكذا قال ابو حنيفة يعني ان تعديل المدعى عليه الشهود لا يصح لان من زعم المدعي وشهوده ان المدعى عليه ظالم كاذب في الانكار وتزكية الكاذب الفاسق لا تصح وعندهما تصح ان كان من اهله بان كان عدلا لكن عند محمد لا بد من ضم آخر اليه لعدم جواز تعديل الواحد وابو يوسف يجوزه كما سيأتي والمراد بتعديل تزكيته (بقوله هم عدول لكنهم اخطأوا اونسوا او هم عدول) ولم يزد على هذا واما لو قال صدقوا او عدول صدقة فقد لزم الحكم) لانه اقرار منه بثبوت الحق بخلاف ما لو قال هم عدول ولم يزد عليه حيث لا يلزمه شئ لانهم مع كونهم عدولا يجوز منهم النسيان والخطأ فلا يلزم من كونه عدلا ان يكون كلامه صوابا (كفى واحد للتزكية ولترجمة الشاهد والرسالة الى المزكي) لان التزكية من امور الدين فلا يشترط فيها الا العدالة حتى تجوز تزكية العبد والمرأة والاعمى والمحدود في القذف التائب لان خبرهم مقبول في الامور الدينية (والاحوط اثنان) لان فيه زيادة طمأنينة هذا كله في تزكية السر واما تزكية العلانية فيشترط فيها جميع ما يشترط في الشهادة من الحرية والبصر وغيرهما سوى لفظ الشهادة بالاجماع لان معنى الشهادة فيها اظهر ولذا تختص بمجلس القضاء (لسامع) اي يجوز لسامع (ما يتعلق بالاقوال) كالبيع بان سمع قول البائع بعت وقول المشتري اشتريت والاقرار بان سمع قول المقر لفلان علي كذا (او رأى ما يتعلق بالافعال) كحكم قاض او غصب او قتل (ان يشهد به) فاعل قوله يجوز المقدر في قوله لسامع (وان لم يشهد عليه) ويقول اشهد انه باع او أقر لانه عاين السبب فوجب عليه الشهادة به كما عاين وهذا اذا كان البيع بالعقد ظاهر او ان كان بالتعاطي فكذا لان حقيقة البيع مبادلة المال بالمال وقد وجد وقيل لا يشهدون على البيع بل على الاخذ والاعطاء لانه بيع حكمي

هذا تفريع من الامام رحمه الله تعالى على قول من يرى السؤال عن الشهود واما على قوله فلا يتأتى ذلك لانه لا يرى السؤال عن الشهود نظيره تفريعه في المزارعة (قوله كفى واحد للتزكية والترجمة الخ) هذا قول الامام رحمه الله تعالى وكذا على قول ابي يوسف رحمه الله تعالى وهو الذي وعد به فيما تقدم بقوله وابو يوسف يجوزه كما سيأتي اه قال الزيلعي وهذا عندهما وقال محمد يشترط في التزكية ما يشترط في الشهادة من العدد ووصف الذكورة حتى يشترط في تزكية شهود الزنا اربعة ذكور وفي الحدود والقصاص رجلان وفي الحقوق يجوز رجلان او رجل وامرأتان وفيما لا يطلع عليه الرجال امرأة واحدة رتبها مراتب الشهادة اه وترجمة الاعمى مقبولة عند الكل كما سنذكره ان شاء الله تعالى (قوله حتى تجوز تزكية العبد الخ) كذا يجوز تزكية احد الزوجين الآخر وتزكية الوالد ولده وبالقلب كما في التبيين (قوله والاحوط اثنان) كذا قال الزيلعي والاحوط في الكل اثنان الا انه قال قبله وفي المحيط اجاز تزكية الصبي وقالوا يشترط الذكورة وعدد الشهادة في تزكية شهود الحد بالاجماع وينبغي للقاضي ان يختار في المسئلة عن الشهود من هو اخبر باحوال الناس واكثرهم اختلاطا بالناس مع عدالته عارفا بما يكون جرحا وما لا يكون جرحا غير طماع ولا فقير كيلا يخدع بالمال فان لم يكن في جيرانه ولا اهل سوقه من يثق به سأل اهل محلته وان لم يجد منهم ثقة اعتبر فيهم تواتر الاخبار اه (قوله لسامع اي يجوز لسامع ما يتعلق بالاقوال الخ) قال الزيلعي بل يجب عليه اذا دعي اليه اه

لاحقيق (ويقول اشهد لان اشهدنى) كيلا يكون كاذبا (ولا يسعه الشهادة بسماعه من وراء الحجاب) اى لو سمع الشاهد صوت من يشهد عليه من وراء الحجاب لا يسعه ان يشهد لاحتمال ان يكون غيره اذ النغمة تشبه النغمة (الا اذا تعين القائل) بان يكون فى البيت وحده وعلم الشاهد انه ليس فيه غيره ثم جلس على المسلك وليس فيه مسلك غيره فسمع اقرار الداخل ولم يره اذ حينئذ يحصل به العلم لكن ينبغى للقاضى ان لا يقبله اذا فسر له اذ ليس من ضرورة جواز الشهادة القبول عند التفسير فان الشهادة بالتسامع تقبل فى بعض الحوادث لكن اذا صرح به لا تقبل كما سيأتى (او يرى شخص القائلة ويشهد عنده اثنان انها فلانة بنت فلان بن فلان) قال الفقيه ابو الليث اذا اقرت امرأة من وراء الحجاب وشهد عنده اثنان انها فلانة بنت فلان بن فلان لا يجوز لمن سمع اقرارها ان يشهد عليها الا اذا رأى شخصها يعنى حال ما اقرت فحينئذ يجوز ان يشهد على اقرارها بشرط رؤية شخصها لا رؤية وجهها قال ابو بكر الاسكاف المرأة اذا حسرت من وجهها فقالت انا فلانة بنت فلان بن فلان وقد وهبت لزوجى مهرى فان الشهود لا يحتاجون الى شهادة عدلين انها فلانة بنت فلان بن فلان ما دامت حية اذ يمكن الشاهدان يشير اليها فان ماتت فحينئذ يحتاج الشهود الى شهادة عدلين انها فلانة بنت فلان ابن فلان كذا فى العمادية (ويشهد على الشهادة ما لم يشهد عليها) لانها تصرف على الاصيل بازالة ولايته فى تنفيذ قوله على المشهود عليه وازالة الولاية الثابتة لا تجوز بغير رضاه فلا بد من الانابة والتحمل منه (ولا) يشهد ايضا (من رأى خطه) اى الذى كتب فيه شهادته (ولم يذكرها) اى شهادته (كذا القاضى) يعنى اذا وجد فى ديوانه اقرار رجل لرجل بحق او شهادة شهود شهدوا الرجل على رجل بحق وهو لا يذكره لا يحكم به ولا ينفذه حتى يتذكره (و) كذا (الراوى) يعنى اذا لم يتذكر لا يحل له الرواية لان كلا منهما لا يحل الا من علم ولا علم هنا لان الخط يشبه الخط (ولو بالتسامع الا فى النسب والموت والنكاح والدخول وولاية القاضى واصل الوقف) فان الشهادة بالتسامع جائزة فيها (اذا اخبر بها رجلان او رجل وامرأتان عدولا) والقياس ان لا تجوز لان الشهادة لا تجوز الا بعلم كامل ولا يحصل العلم الا بالمشاهدة والعيان او بالخبر المتواتر ولم يوجد فصار كالبيع والاجارة بل اولى لان حكم المال اسهل من حكم النكاح ووجه الاستحسان ان هذه الامور تختص بمعاينة اسبابها خواص من الناس ويتعلق بها احكام تبقى على انقضاء القرون وانقراض الاعصار فلو لم تقبل فيها الشهادة بالتسامع ادى الى الحرج وتعطيل تلك الاحكام بخلاف البيع والهبة والاجارة ونحوها لانه كلا يسمعه كل احد وانما يجوز ان يشهد

(قوله بأن يكون فى البيت وحده وعلم الشاهد انه ليس فى البيت غيره الخ) قال فى الكافى وعلم الشاهد ذلك بأن دخل البيت وعلم انه ليس فيه غيره ثم خرج وقعد الخ (قوله لكن ينبغى للقاضى ان لا يقبله الخ) كذا ذكره الزيلعى (قوله او يرى شخص القائلة ويشهد عنده اثنان الخ) شرط نصاب الشهادة والمطلق فى ذلك فشمل تعريف من لا تقبل شهادته لها كالاب والزوج وبه صرح فى جامع الفصولين وصحة الشهادة على المنتقبة قال به بعض مشايخنا عند التعريف ولو اخبر

العدلان ان هذه المقرة فلانة بنت فلان تكفى هذه الشهادة على الاسم والنسب عندهما وعليه فتوى فان عرفها باسمها ونسبها عدلان ينبغى للعدلين ان يشهدا الفرع على شهادتهما كما هو طريق الاشهاد على الشهادة حتى يشهدا عند القاضى على شهادتهما بالاسم والنسب ويشهدا باصل الحق اصالة فيجوز وفاقا وعن ابن مقاتل لو سمع اقرار امرأة من وراء الحجاب وشهد عنده اثنان انها فلانة وذكر نسبها لم يجز أن يشهد عليها المطلق الجواب اطلاقا وقالت لم يجز ان يشهد عليها الا اذا رأى شخصها حال اقرارها فحينئذ يجوز ان يشهد على اقرارها بشرط رؤية شخصها لا رؤية وجهها اه (قوله ولا يشهد على الشهادة ما لم يشهد عليها) قال فى النهاية هذا اذا سمعه فى غير مجلس القاضى اما لو سمع شاهدا يشهد فى مجلس القاضى جاز له ان يشهد على شهادته وان لم يشهده كذا فى الجوهرة (قوله ولا بالتسامع الا فى النسب) قصره الاستثناء على هذه الاشياء ينفى اعتبار التسامع فى غيرها وذكر فى المحيط لا تقبل الشهادة على الولاء بالسماع عندهما وعند ابى يوسف آخرا يقبل كذا فى شرح المجمع قلت وقوله وعند ابى يوسف آخرا يقبل يعنى يجوز له الشهادة به صرح بذلك الزيلعى لانه لو فسر للقاضى لا تقبل اه والشهادة على المهر بالتسامع فيه روايتان والاصح انه جائز كما فى الخلاصة (قوله واصل الوقف) قال فى الهداية (بالتسامع) واما الوقف فالصحيح انه يقبل الشهادة بالتسامع فى اصله دون شرائطه لان اصله هو الذى يشتهر اه وقال الكمال ابن الهمام ذكر فى المجتبى المختار انه يقبل على شرائط الواقف ايضا وانت اذا عرفت قولهم فى الاوقاف التى انقطع ثبوتها ولم يعرف لها شرائط ومصارف انه يسلك بها ما كانت عليه فى دواوين القضاة لم تقف عن تحسين ما فى المجتبى لان ذلك هو معنى الثبوت بالتسامع اه

(قوله ويشترط ان يخبره رجلان عدلان او رجل وامرأتان) ليس المراد ظاهره لانه يشترط فيه لفظ الشهادة في غير الموت كما قاله الزيلعي لكنه ذكر مانصه قالوا وفي الاخبار يشترط ان يخبره رجلان او رجل وامرأتان وهم عدول ليحصل له نوع علم او غلبة ظن قيل في الموت يكتفي باخبار واحد عدل او واحدة لانه قد يتحقق في موضع ليس فيه الا واحد بخلاف غيره لان الغالب فيه ان تكون بين الجماعة ويشترط في الاخبار لفظ الشهادة في غير الموت وفي الموت لا يشترط لانه لا يشترط فيه العدد فكذا لفظ الشهادة اه وفيه بحث لان قوله وقيل في الموت يكتفي باخبار واحد عدل يفيد انه خلاف المذهب لصيغة الضعف وقوله بعده ويشترط في الاخبار لفظ الشهادة في غير الموت وفي الموت لا يشترط لانه لا يشترط فيه العدد فكذا لفظ الشهادة يفيد ان المذهب الاكتفاء في الموت بواحد اه وفي الفتاوى الصغرى الشهادة بالشهرة في النسب وغيره بطريق الشهرة الحقيقية او الحكمية فالحقيقية ان يشتهر ويسمع من قوم كثير لا يتصور تواطؤهم على الكذب ﴿ ٣٧٥ ﴾ ولا يشترط في هذا العدالة بل يشترط التواتر والحكمية ان يشهد عدلان من الرجال او رجل وامرأتان بلفظ الشهادة لكن الشهرة في الثلاثة الاول يعني النسب والنكاح والقضاء تثبت الا بخبر جماعة لا يتوهم تواطؤهم على الكذب او خبر عدلين بلفظ الشهادة وفي باب الموت بخبر العدل الواحد وان لم يكن بلفظ الشهادة في باب النسب من شهادات خواهر زاده لكن شرط كونه عدلا في باب الشهادة على الموت من المختصر ذكر في آخر شهادات المنتقى قال ابو حنيفة رحمه الله تعالى في الموت اذا كان مشهورا او شهد به واحد وسعك ان تشهد به وقال ابو يوسف حتى يشهد عليه شاهد عدل او يكون موتا مشهورا اه (قوله حتى لو فسر للقاضي ان يشهد بالتسامع لم يقبل) هذا في غير الوقف كما سنذكره (قوله قال الشيخ الامام ظهير الدين الخ) لم يتعرض لبيان الواقف ونص عليه في الفتاوى الصغرى بقوله شهدوا على ان هذا وقف على كذا ولم يبينوا الواقف ينبغي ان يقبل في باب قبض الديوان من القاضي المعزول قال ظهير الدين اذا لم يكن الوقف قديما لا بد من بيان الواقف اه (قوله ويشهد رائي جالس مجلس القضاء الخ) كذا في التبيين والكافي وفي الفتاوى الصغرى قال ابو حنيفة وابو يوسف اذا نظر الرجل الى القاضي في مجلسه والناس عنده قالوا هذا القاضي وسعه ان يشهد انه القاضي على اسمه ونسبه وان لم يكن رآه قبل تلك الساعة اه (قوله ويشهد ايضا رائي رجل وامرأة الخ) ذكره في الكافي لكن زاد الزيلعي قوله وينبسطان انبساط الازواج وسمع من الناس انها زوجته جاز ان يشهد به ولا يخفى مغايرة هاتين الصورتين لما تقدم من الشهادة فيهما بالتسامع لان الشهادة هنا بالمعاينة على ماقاله المصنف وبخصوص الشهادة بالزوجية على ماذكره الزيلعي بشرط السماع من الناس مع المعاينة (قوله سوى الرقيق المعبر) يعني اذا لم يعرف انه رقيق يشهد به بمعاينة اليد وفي غير المعبر يشهد برقه (قوله اذا شهد به قلبه) كذا قال الكمال وعن ابي يوسف انه يشترط في حل الشهادة بالملك مع ذلك ان يقع في قلبه انه له وفي الفوائد الظهيرية اسند هذا القول الى ابي يوسف ومحمد ولفظه وعنهما قال المصنف قالوا يعني المشايخ يحتمل ان يكون هذا تفسير الاطلاق محمد في الرواية قال الصدر الشهيد يحتمل ان يكون قوله قول الكل وبه

بالتسامع اذا حصل له العلم بالتواتر او بالاشتهار او باخبار من يثق به ويشترط ان يخبره رجلان عدلان او رجل وامرأتان لانه اقل نصاب يفيد العلم الذي يبتني عليه الحكم في المعاملات وقيل يكتفي في الموت باخبار واحد او واحدة لان الناس يكرهون مشاهدة تلك الحالة فلا يحضره غالبا الا واحد او واحدة بخلاف النسب والنكاح وينبغي ان يطلق اداء الشهادة بان يقول اشهد ان فلان بن فلان مات ولا يفسر حتى لو فسر للقاضي انه شهد بالتسامع لم يقبل شهادته هو الصحيح وانما قال اصل الوقف لانه يبقى على انقراض القرون دون شرائطه لان اصل الوقف يشتهر فاما شرائطه التي شرطها الواقف فلا تشتهر قال الشيخ الامام ظهير الدين المرغيناني لا بد من بيان الجهة بان يشهدوا ان هذا وقف على المسجد او المقبرة ونحو ذلك حتى لو لم يذكروا ذلك في شهاداتهم لا يقبل شهادتهم وتأويل قولهم لا تقبل شهادتهم على شرائط الواقف ان بعدما ذكروا ان هذا وقف على كذا لا ينبغي لهم ان يشهدوا انه يبدأ من غلته فيصرف الى كذا ولو قالوا ذلك في شهادتهم لا تقبل شهادتهم كذا في الكافي (ويشهد رائي جالس مجلس القضاء يترد داليه الخصوم انه قاض) وان لم يعاين تقليد الامام اياه (و) يشهد ايضا رائي (رجل وامرأة يسكنان بيتا وبينهما انبساط الازواج انها عرسه) كما لو رأى عينا في يد غيره عملا بظاهر الحال (و) يشهد ايضا رائي (شيء سوى الرقيق المعبر) فان غير المعبر حكمه حكم العروض (في يد) متعلق بالرائي المقدر (متصرف كالملاك) اي كما يتصرف الملاك (انه له) متعلق بيشهد المقدر صورته رجل راى عينا في يد انسان ثم رأى ذلك العين في يد آخر والاول يدعي الملك وسعه ان يشهد بانه للمدعي لان الملك في الاشياء لا يعرف يقينا بل ظاهرا فاليد بلا منازعة دليل الملك ظاهرا (اذا شهد به) اي بانه ملكه (قلبه) فان وقع في قلبه انه

تأخذ وقال ابو بكر الرازى هذا قولهم جميعا ووجهه ان الاصل فى حل الشهادة اليقين لما عرف فعند تعذره يصار الى ما يشهد به القلب لان كون اليد مع غائب بسبب افادته ظن الملك فاذا لم يقع فى القلب ذلك لا ظن فلم يفد مجرد اليد ولهذا قالوا اذا رأى انسان درة ثمينة فى يد كناس او كتابا فى يد جاهل ليس فى آبائه من هو اهل له لا يسعه ان يشهد بالملك له فعرف ان مجرد اليد لا يكفى اه (قوله فان فسر الخ) بطلان الشهادة فى غير الوقف حكى فيه خلافا فى جامع الفصولين قال شهدا بنسب او نكاح وقالا سمعناه من قوم لا يتصور تواطؤهم على الكذب لا تقبل وقيل تقبل وفى عدة اشارة الى ان القبول اصح ما يأتى ﴿٣٧٦﴾ ثم قال لو قالا يشهدان فلانا مات اخبرنا به من شهد بموته ممن يوثق به قيل يقبل فى الاصح كذا فى عدة وقيل لا يقبل كمن رأى عينا بيده يتصرف فيها تصرف الملاك حل له الشهادة بملك ذى اليد ولو شهدا عند القاضى انه ملكه لانا رأيناه بيده يتصرف فيه تصرف الملاك لا تقبل كذا هذا وقد عثرنا على الرواية انه يجوز ان يقبل اه

باب القبول وعدمه

(قوله الا الخطابية) رد شهادتهم لتهمة الكذب لا لخصوص بدعتهم وكذا لا يقبل ممن تكفره بدعته والخطابية نسبة الى ابى الخطاب محمد بن ابى وهب الاجدع وقيل محمد بن ابى زينب الاسدى الاجدع خرج بالكوفة ابو الخطاب وحارب عيسى بن موسى بن على بن عبد الله بن عباس واظهر الدعوة الى جعفر فتبرأ منه جعفر ودعا عليه فقتل هو واصحابه فقتله وصلبه عيسى بالكناس كذا فى فتح القدير (قوله وقيل يرون الشهادة واجبة لشيعتهم) قال فى الكافى وهم يدينون بشهادة الزور او اتفقهم على مخالفيهم (قوله وتقبل من الذمى على مثله) اى اذا كان عدلا فى دينهم كما فى الجوهرة (قوله والذمى على المستأمن الخ) عدل من التعبير بالحربى الى المستأمن لان الكمال اول به قول الهداية ولا تقبل شهادة الحربى على الذمى فقال اراد به المستأمن لانه لا يتصور غيره كان الحربى او دخل بلا امان فهما استرق ولا شهادة للعبد على احد اه ولا يخفى ان المراد نفى شهادته واو دخل بامان لا نفى شهادة الذمى عليه (قوله ولهذا لا يجرى التوارث بينهما) كذا لا يجرى التوارث بين الذمى والمستأمن وان قبل شهادة الذمى عليه لان المستأمن من اهل دارنا فيما يرجع الى المعاملات والشهادة منها ومن اهل دار الحرب فى الارث والمال كما فى الفتح (قوله وتقبل ايضا من ملم اى مرتكب معصية صغيرة) قال الكمال احسن ما نقل فى هذا الباب عن ابى يوسف ان لا يأتى

ملك الغير لا تحل له الشهادة بالملك له لان الاصل اعتبار اليقين فى جواز الشهادة لما مر من قوله صلى الله عليه وسلم اذا علمت مثل الشمس فاشهد والا فدع فاذا تعسر ذلك يصار الى ما يشهد به القلب (فان فسر) اى الشاهد (للقاضى شهادته بالتسامع) فى الصورة الاولى (او بحكم اليد) فى الصورة الاخيرة (بطلت) فانه اذا اطلق وقع فى قلب القاضى صدقه فتكون شهادة منه عن علم ولا كذلك اذا فسر وقال سمعت كذا ومن هذا كان المراسل من الاخبار اقوى من المسانيد كذا فى الكفاية (الا الوقف) فان الشاهدين اذا فسرا شهادتهما بالتسامع تقبل ذكره فى العمادية (شهدانه شهد) اى حضر (دفن زيد او صلى عليه فهو معاينة) حتى لو فسر للقاضى يقبله اذ لا يدفن الا الميت ولا يصلى الا عليه (الشهادة بالايجاب شهادة بالقبول فى المعاوضات) كالبيع والاجارة والنكاح ونحوها (حتى لو شهدوا على تزويج الاب فقط) اى بلا ذكر القبول (تقبل) اى الشهادة (بخلاف الهبة) حتى لو شهدوا بالهبة بلا ذكر القبول لم تقبل كذا فى العمادية

باب القبول وعدمه

(تقبل من اهل الاهواء) اعلم ان اهل الاهواء على ما ذكر فى الكتب الكلامية اهل القبلة الذين لا يكون معتقدهم معتقد اهل السنة وهم الجبرية والقدرية والروافض والخوارج والمعطلة والمشبهة وكل منهم اثنتا عشرة فرقة فصاروا اثنين وسبعين فرقة وعندنا تقبل شهادتهم خلافا للشافعى (الا الخطابية) هم من غلاة الروافض يعتقدون جواز الشهادة لكل من حلف عندهم انه محق ويقولون المسلم لا يحلف كاذبا وقيل يرون الشهادة لشيعتهم واجبة فيتمكن الشبهة فى شهادتهم (و) تقبل من (الذمى على مثله) وان اختلفا (ملة) كاليهود مع النصارى (و) تقبل من الذمى (على المستأمن) لان الذمى اعلى حالا منه لكونه من اهل دارنا ولهذا يقتل المسلم بالذمى ولا يقتل بالمستأمن (بلا عكس) اى لا تقبل شهادة المستأمن على الذمى لقصور ولايته عليه لكونه ادنى حالا منه (و) تقبل الشهادة (منه) اى المستأمن (على مثله ان اتحد دارهما) وان كانوا من اهل دارين كالروم والترك لا تقبل لان الولاية فيما بينهم تنقطع باختلاف المنعتين ولهذا لا يجرى التوارث بينهما (و) تقبل ايضا من (عدو بسبب الدين) فان العداوة الدينية تدل على قوة دينه وعدالته بخلاف العداوة الدنيوية فانها حرام فمن ارتكبها لا يؤمن من التقول عليه (و) تقبل ايضا (من ملم) اى مرتكب معصية (صغيرة) (بلا)

بلا اصرار عليها (أن اجتنب الكبائر) وهو معنى العدالة كامر (و) تقبل ايضا من (أقلف) لاطلاق النصوص بلا تقييد بالختان ولانه لا يخل بالعدالة هذا اذا تركه لعذر به من كبر أو خوف هلاك وان تركه استخفافا بالدين لم تقبل لانه لا يكون عدلا ولم يقدر أبو حنيفة له وقتا اذ لم يرد به كتاب ولا سنة ولا اجماع والمقادير لا تعرف بالرأي وقدره المتأخرون فقيل سبع سنين الى عشر سنين وقيل اليوم السابع من ولادته أو بعده الى ان يحتمله ولا يهلك به (و) من (الخصي وولد الزنا والخنثى) اذا كانوا عدولا لان قطع العضو وجناية الابوين لا يوجب قدحا في العدالة وقبل عمر رضي الله عنه شهادة علقمة الخصي والخنثى اما رجل أو امرأة وشهادة الجنسين مقبولة ثم انه ان لم يكن مشكلا فلا اشكال فيه وان كان مشكلا فيجعل امرأة في حق الشهادة احتياطا (والعتيق للمعتق وبالعكس) لعدم التهمة وقد ثبت ان قنبر أشهد لعلي عند شريح فقبل شهادته وهو كان عتيق علي (والعمال) المراد عمال السلطان عند عامة المشايخ لان نفس العمل ليس بفسق الا اذا كانوا على الظلم قالوا هذا كان في زمانهم لان الغالب عليهم الصلاح فاما الذين في زماننا فلا تقبل شهادتهم لغلبة ظلمهم كذا في الكافي (و) تقبل الشهادة (لاخيه وعمه ومن حرم رضاعا أو مصاهرة) كام امرأته وبنتها وزوج بنته وامرأة أبيه وابنه لان الاملاك بينهم متميزة والايدي متحيزة ولا بسوطة لبعضهم في مال البعض فلا يتحقق التهمة بخلاف شهادته لقرابته ولادا أو شهادة أحد الزوجين للآخر (و) تقبل (من كافر على عبد كافر مولاه أو) على حر كافر (موكله مسلم) يعني تجوز شهادة الكافر على عبد كافر مولاه مسلم وعلى وكيل كافر موكله مسلم (بلا عكس) أي لا تجوز شهادة الكافر على عبد مسلم مولاه كافر وعلى وكيل مسلم موكله كافر فان مسلما اذا كان له عبد كافر أذن له بالبيع والشراء فشهد عليه شاهدان كافران بشراء أو بيع جازت شهادتهما عليه لان هذه شهادة كافر قامت على اثبات أمر على الكافر قصدا ولزم منه الحكم على المولى المسلم ضمنا ولو كان المولى كافرا والعبد المأذون مسلما لا تقبل شهادة الكافر عليه لان هذه شهادة كافر قامت على اثبات أمر على المسلم قصدا ولو ان مسلما وكل كافرا بشراء أو بيع فشهد على الوكيل شاهدان كافران بشراء او بيع جازت شهادتهما عليه لانها قامت لاثبات أمر على الكافر ولو ان كافرا

بكبيرة ولا يصر على صغيرة ويكون ستره اكثر من هتكه وصوابه اكثر من خطئه ومروأته ظاهرة ويستعمل الصدق ويجتنب الكذب ديانة ومروأة ثم قال ولا بأس بذكر افراد نص عليها منها ترك الصلاة بالجماعة بعد كون الامام لا طعن عليه في دين ولا حال وان كان متأولا في تركها كان يكون معتقدا افضلية أول الوقت والامام يؤخر الصلاة أو غير ذلك لا تسقط عدالته بالترك وكذا بترك الجمعة من غير عذر فمنهم من أسقطها بمرة واحدة كالحلواني ومنهم من شرط ثلاث مرات والاول أوجه وذكر الاسبيجابي من أكل فوق الشبع سقطت عدالته عند الاكثر ولا بد من كونه في غير ارادة التقوي على صوم الغد أو مؤانسة الضيف وكذا من خرج لرؤية السلطان والامير عند قدومه ورد شداد شهادة شيخ صالح لمحاسبة ابنه في النفقة في طريق مكة كأنه رأى منه تضييقا ومشاحة تشهد بالبخل وذكر الخصاف أن ركوب البحر للتجارة او التفرج يسقط العدالة وكذا التجارة الى ارض الكفار وقرى فارس ونحوها لانه مخاطر بدينه ونفسه لنيل المال فلا يؤمن ان يكذب لاجل المال ورد شهادة من لم يحج اذا كان موسرا على قول من يراه على الفور وكذا من لم يؤد زكاته به أخذ الفقيه ابو الليث وكل من شهد على اقرار باطل وكذا على فعل باطل مثل من يأخذ سوق النخاسين مقاطعة وأشهد على وثيقتها شهودا قال المشايخ ان شهدوا حل لهم اللعن لانه شهادة على باطل فكيف هؤلاء الذين يشهدون على مباشري السلطان على ضمان الجهات والاجارة المضارة وعلى المحبوسين عندهم والذين في ترسيمهم اه فاغتنم لما جل ولا تمل (قوله وقيل اليوم السابع من ولادته أو بعده الى ان يحتمله ولا يهلك به) استدل له بما روي ان الحسن والحسين رضي الله عنهما ختنا في اليوم السابع او بعد السابع ولكنه شاذ وهو أي الختان سنة للرجال ومكرمة للنساء لانها تكون الذ عند المواقعة كذا في التبيين (قوله وان كان مشكلا فيجعل امرأة في حق (درر ٤٨ ني) الشهادة) ليس احترازا عن غير الشهادة لمعاملته بالاضر في غير ذلك نحو الارث والامامة (قوله الا اذا كانوا على الظلم الخ) كذا ما نقله الكمال عن الصدر الشهيد ان شهادة الرئيس لا تقبل وكذا الجابي والصراف الذي يجمع عنده الدراهم ويأخذها طوعا لا تقبل وقدمنا عن البزدوي ان القائم بتوزيع هذه النوائب السلطانية والجبايات بالعدل بين المسلمين مأجور وان كان اصله ظلما فعلى هذا تقبل شهادته والمراد بالرئيس رئيس القرية وهو المسمى في بلادنا شيخ البلد ومثله المعروف في المواكب والعرفاء في جميع الاصناف وضمان الجهات في بلادنا لانهم كلهم اعوان على الظلم اه

(قوله لا من كافر على مسلم) المعتبر اسلامه حال القضاء لا حال اداء الشهادة ولا حال الشهادة قبل الامضاء فى الحدود والقصاص لما قال فى المحيط شهد ذميان بمال على ذمى فأسلم المشهود عليه قبل القضاء لا يقضى لان الشهادة انما تصير حجة وقت القضاء ووقت القضاء الشاهد كافر والمشهود عليه مسلم فلا تصير حجة وان اسلم المشهود عليه فى الحدود بعد القضاء قبل الامضاء لا ينفذ لان الامضاء فى باب الحدود من القضاء وفى باب القصاص فى النفس وفيما دونها ينفذه قياسا لا استحسانا لما عرف واذا لم ينفذه هل تجب الدية ذكر الخصاف فى أدب القاضى ان عند أبى يوسف تجب واختلف المتأخرون قيل هذا قول أبى حنيفة وقيل هذا قول الكل فقيل عند أبى حنيفة ينفذ القصاص فيما دون النفس ولا يقضى بالدية فى النفس وعندهما يقضى بالدية فيهما وهذا الاختلاف كالاختلاف فى القضاء بالنكول عنده ينفذ القضاء بالقصاص فيما دون النفس ولا يقضى بشئ فى النفس وعندهما يقضى بالدية فيهما (قوله الا فى الوصاية) تصور الوصاية بما قال فى المحيط أوصى كافر الى مـ .. أقام رجل البينة من اهل ﴿ ٣٧٨ ﴾ الكفر بدين على الميت جاز لان هذه شهادة قامت على كافر وهو الميت لا الوصى (قوله يعنى اذا ادعى الايصاء من نصرانى واقام شاهدين نصرانيين على خصم مسلم) الذى يظهر لى ان هذا مقيد بما اذا كان الخصم المسلم مقرا بالدين للنصرانى الميت منكرا الوصاية فتقبل شهادة الذميين لاثبات الوصاية لانها شهادة على النصرانى الميت اما لو كان الخصم المسلم منكرا للدين كيف تقبل شهادة الذميين عليه به فليتأمل (قوله أو ادعى ان فلان ابن فلان النصرانى الخ) كذا يظهر لى ان هذا فيما اذا اقر الخصم بالمال لا النسب المدعى وفى كلام المصنف اشارة اليه بقوله فلو لم تقبل شهادة النصرانى على المسلم فى اثبات الايصاء الذى بناؤه على الموت والنسب الذى بناؤه على النكاح الخ فتأمل (قوله ولا من اعمى) سواء عمى قبل التحمل أو بعده فيما تجوز الشهادة فيه بالتسامع أو لا تجوز وقال زفر رحمه الله تعالى وهو رواية عن الامام تقبل فيما يجوز فيه التسامع وتقبل فى الترجمة عند الكل كذا فى الفتح (قوله ومملوك) اراد به الرقيق ليشمل المكاتب (قوله الا ان يتحمل فى الرق والصغر واديا) (استفادها) بعد الحرية والبلوغ) شامل لتحمله لسيده فى رقه وكذا لو تحمل فى كفره واداها فى اسلامه تقبل كما فى الفتح وكذا لو تحمل حال قيام الزوجية لزوجته ثم اداها بعد الابانة كما فى الصغرى لكن قال الكمال وفى المحيط لا تقبل شهادته لمعتدته من رجعى ولا بائن لقيام النكاح فى بعض الاحكام اه فيمكن حمل الابانة فى كلام الفتاوى الصغرى على انقضاء العدة جمعا بينهما (قوله ومحدود فى قذف) اشار به الى تمام الحد مقاما عليه وبه صرح الزيلعى عن المبسوط لا تسقط شهادة القاذف ما لم يضرب تمام الحد وروى عنه انها تسقط بالاكثر وروى بضرب سوط (قوله وان تاب) اشارة الى خلاف الشافعى ومالك فى قبولهما لها اذا تاب والمراد بتوبته الموجبة لقبول الشهادة ان يكذب نفسه فى قذفه وهل يعتبر معه اصلاح العمل فيه قولان ذكره الكمال (قوله الا ان يحد كافر فيسلم) اشار به الى شرط تمام الحد حال الكفر ولو حد بعضه فى حال كفره وباقيه فى اسلامه فيه اختلاف الروايتين كذا فى الفتح وقال الزيلعى

وكل مسلما بشراء أو بيع لا تقبل شهادتهما عليه لانها شهادة كافر قامت لاثبات امر على المسلم قصدا كذا فى شرح المسعودى لتلخيص الجامع الكبير (لا من كافر على مسلم) عطف على قوله تقبل من اهل الاهواء (الا فى الوصاية والنسب اذا ادعى حقا من قبل الميت على خصم حاضر) يعنى اذا ادعى الايصاء من نصرانى واقام شاهدين نصرانيين على خصم مسلم أو ادعى ان فلان ابن فلان النصرانى مات وهو وارثه واحضر مسلما للميت عليه دين واقام شاهدين نصرانيين على نسبه تقبل وهذا استحسان والقياس ان لا تقبل وجه الاستحسان ان المسلمين لا يحضرون موت النصارى والوصاية تكون عند الموت غالبا وسبب ثبوت النسب النكاح وهم لا يحضرون نكاحهم فلو لم تقبل شهادة النصرانى على المسلم فى اثبات الايصاء الذى بناؤه على الموت والنسب الذى بناؤه على النكاح ادى الى ضياع الحقوق المتعلقة بالايصاء فقبلت ضرورة كما قبلت شهادة القابلة للضرورة (و) لا من (اعمى) لان الاداء يفتقر الى التمييز بين الخصمين والمشهود به ان كان منقولا ولا يميز الاعمى الا بالنغمة وفيه شبهة لا يمكن التحرز عنها بجنس الشهود (ومرتد) اذ الشهادة من باب الولاية ولا ولاية له على احد فلا تقبل شهادته ولو على كافر (ومملوك وصبى) اذ لا ولاية لهما على انفسهما فعلى غيرهما اولى (الا ان تحملا ها) أى الشهادة (فى الرق والصغر واديا بعد الحرية والبلوغ) فحينئذ تقبل لان التحمل بالمعاينة أو السماع وهما لا ينافيانهما وعند الاداء هما من اهل الشهادة (ومحدود فى قذف وان تاب) لقوله تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا (الا ان يحد كافر فيسلم) فان الكافر اذا حد فى القذف لم تجز شهادته على اهل الذمة لان له شهادة على جنسه فترد تتمة لحده فان اسلم قبل شهادته عليهم وعلى المسلمين لان هذه شهادة

استفادها بالاسلام ولم يحفها رد وهى الشهادة على اهل الاسلام لانها لم تكن ثابتة زمان الرد والحد فلما جازت شهادته على اهل الاسلام جازت شهادته على الكافر ضرورة بخلاف العبد اذا حد بالقذف ثم عتق حيث ترد شهادته اذ لا شهادة للعبد اصلا حال رقه فيتوقف الرد على حدوثها له فاذا حدث كان رد شهادته بعد العتق من تمام حده (ومسجون فى حادث السجن) يعنى اذا حدث بين اهل السجن حادثة فى السجن واراد بعضهم ان يشهد فى تلك الحادثة لم تقبل لكونهم متهمين كذا فى الجامع الكبير (واصله وفرعه وزوج وعرس وسيد لعبده ومكاتبه) الاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم لاتقبل شهادة الولد لوالده ولا الوالد لولده ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته ولا العبد لسيده ولا المولى لعبده ولا الاجير لمن استأجره والمراد بالاجير على قول المشايخ التلميذ الخاص الذى يعد ضرر استاذه ضرر نفسه ونفعه نفع نفسه وهو معنى قوله صلى الله عليه وسلم لا شهادة للقانع باهل البيت وقيل هو الاجير مسانهة او مشاهرة لانه يستوجب الاجر بمنافعه فاذا شهد له فى مدة الاجارة فكأنه استأجره عليها (وشريكه فيما يشترك كان فيه) لانها شهادة لنفسه من وجه فلو شهد فيما لا يشترك كان فيه تقبل لعدم التهمة (ومخنث بفعل الردئ) لاصراره على الفسق واما من فى كلامه لين وفى اعضائه تكسر ولم يشتهر بشئ من

لو ضرب الذمى سوطا فاسلم ثم ضرب الباقى بعد الاسلام تقبل شهادته وعن ابى حنيفة اذا ضرب السوط الاخير بعد الاسلام لاتقبل شهادته اه (قوله ومسجون فى حادث السجن) كذا لاتقبل شهادة الصبيان بعضهم على بعض فيما يقع فى الملاعب وكذا شهادة النساء فيما يقع فى الحمامات لاتقبل وان مست الحاجة لعدم حضور العدول السجن ولا البالغين ملاعب الصبيان ولا الرجال حمامات النساء لان الشرع لما شرع لذلك طريقا آخر وهى منع النساء عن الحمامات والصبيان عن الملاعب والامتناع عن مباشرة ما به يصير مستحقا للسجن فاذا لم يفعلوا ذلك كان التقصير مضافا اليهم لا الى الشرع كذا فى الصغرى (قوله لكونهم متهمين) اى بارتكابهم ما يوجب السجن وقد نهوا عنه كما ذكرنا (قوله وزوج وعرس) يتفرع عليه لو شهد احدهما للآخر فى حادثة فردت فارتفعت الزوجية فاعادت تلك الشهادة تقبل بخلاف ما لو ردت لفسق ثم تاب وصار عدلا واعاد تلك الشهادة لاتقبل بخلاف شهادة العبد والكافر والصبى اذا ردت ثم عتق واسلم وبلغ واعادها تقبل فصار الحاصل كل من ردت شهادته لمعنى وزال ذلك المعنى لاتقبل اذا اعادها بعد زوال ذلك المعنى الا العبد اذا شهد فردوا الكافر والاعمى والصبى اذا شهد كل فرد ثم عتق واسلم وابصر وبلغ فشهدوا بعينها تقبل ولاتقبل فيما سواهم اه كذا فى الفتح ولكن آخره يخالف اوله لحكمه ابتداء بقبول شهادة احد الزوجين بعد زوال الزوجية وقد كانت ردت حال قيامها وحكمه آخرا بعدم قبولها بقوله ولاتقبل فيما سواهم اذ لم يستثن للقبول بعد الرد الا العبد والكافر والاعمى والصبى اه والذى ينبغى ان يعول عليه فى كلامه ما ذكره آخرا لما قال فى الفتاوى الصغرى لو شهد المولى لعبده بالنكاح فردت ثم شهد له بذلك بعد العتق لم يجز لان المردود كان شهادة ثم قال والصبى او المكاتب اذا شهد فردت ثم شهد بها بعد البلوغ والعتق جاز لان المردود لم يكن شهادة بدليل ان قاضيا لو قضى به لايجوز فاذا عرفت هذا يسهل عليك تخريج جنس هذه المسائل ان المردود لو كان شهادة لايجوز بعد ذلك ابدا ولو لم يكن شهادة تقبل عند استجماع الشرائط اه ولكن يشكل عليه شهادة الاعمى اذ لو قضى بها جاز فهى شهادة وقد حكم بقبولها بعد زوال العمى اه ولما قال فى الجوهرة اذا شهد الزوج الحر لزوجته فردت ثم ابانها وتزوجت غيره ثم شهد لها بتلك الشهادة لم تقبل لجواز ان يكون توصل بطلاقها الى تصحيح شهادته وكذا اذا شهدت لزوجها ثم ابانها ثم شهدت له اه والعلة المذكورة فى الصغرى موجودة هنا لانها شهادة اه ولما قال فى البدائع لو شهد الفاسق فردت او احد الزوجين لصاحبه فردت ثم شهد بعد التوبة والبينونة لاتقبل ولو شهد العبد او الصبى او الكافر فردت ثم عتق وبلغ واسلم وشهد فى تلك الحادثة بعينها تقبل ووجه الفرق ان الفاسق والزوج لهما شهادة فى الجملة فاذا ردت لاتقبل بعد بخلاف الصبى والعبد والكافر اذ لا شهادة لهم اصلا اه (قوله وزوج وعرس) شامل لما لو كان المشهود له عملوكا وبه صرح الكمال (قوله والمراد بالاجير التلميذ الخاص الخ) يشير الى قبول شهادة الاستاذ له والمستأجر له وبه صرح فى الفتح (قوله فلو شهد فيما لا يشترك كان فيه تقبل) ثم المفاوض فتقبل فيما ليس مشتركا بينهما نحو العقار والعروض وما لا يدخل فى الشركة مفاوضة بشرائه وهو طعام الاهل وكسوتهم وكذا الحدود والقصاص والنكاح والطلاق والعتاق كما فى التبيين (قوله واما من فى كلامه لين وفى اعضائه تكسر) يعنى باصل الخلقة اشار اليه بقوله ولم يشتهر بشئ من الافعال الرديئة اذ لو كان تشبها بالنساء لاتقبل كما فى التبيين

(قوله ونائحة ومغنية لارتكابهما المحرم طمعا في المال) في هذا التعليل نظر من حيث جانب المغنية لانه بمجرد غنائها اولم يكن لغيرها لاتقبل شهادتها كما سنذكره لكنه ينبغي تقييده بمداومتها عليه ليظهر منها كما في مدمن الشرب على اللهو والا فما الفرق (قوله والمراد بالنائحة التي تنوح في مصيبة غيرها واتخذته مكسبا) قال الكمال ظاهره التقييد بشيئين ان يكون للناس بأجر وذا لانها لا تؤمن ان ترتكب شهادة الزور لاجل المال لكونها ايسر عليها من الغناء والنوح لاجله مدة طويلة ولم يتعقب هذا احد من المشايخ فيما علمت لكن بعض متأخري الشارحين نظر فيه بانه معصية فلا فرق بين كونه للناس اولا وذكر جوابه انه وان كان معصية لكن يشترط الشهرة ليصل للقاضي العلم بالشهرة وذلك يفيد كونه للناس والاجر ومثله على قولهم ولا مدمن الشرب على اللهو مع قولهم برد شهادة من يأتي بابا من الكبائر مع ان شرب الخمر منها ومع ذلك يشترط فيه الشهرة فيحمل قولهم من يأتي بابا من الكبائر بانه على الاتيان به شهرة اه (قوله والتغني للهو حرام في جميع الاديان خصوصا اذا كان من المرأة الخ) ﴿ ٣٨٠ ﴾ بالنظر الى هذه العلة لامعنى لتخصيصه في الرجل بان يكون للناس وكذا التقييد في الناحية بكونه للناس لارتكاب المحرم فلم يبق مانعا الا لعلة الاشتهار فيظهر ماقلنا انه في جانب المغنية لنفسها بمداومتها (قوله ومدمن الشرب) قال الزيلعي نقلا من النهاية شرط الادمان ولم يرد به الادمان في الشرب وانما اراد به الادمان في النية يعني يشرب ومن نيته ان يشرب بعد ذلك اذا وجده اه وظاهر ان هذا لا يوقف عليه الا من جهته ومخالف لما نقله المصنف عن الكافي ونقله الزيلعي ايضا شرط الادمان ليكون ذلك ظاهرا منه الخ (قوله ومن يلعب بالطيور الخ) قال الكمال والا وجه ان اللعب بالطيور فعل مستخف به يوجب في الغالب اجتماعا مع اناس اراذل وصحبتهم وذلك مما يسقط العدالة اه (قوله واذا كان لايسمع غيره الخ) بهذا لايعلم حكمه في حق نفسه وقال الكمال فيه خلاف بين المشايخ منهم من قال لايكره وانما يكره اذا كان على سبيل اللهو وبه اخذ شمس الائمة السرخسي ومن المشايخ من كره جميع ذلك وبه اخذ شيخ الاسلام (قوله اويأتي نوعا من الكبائر الموجبة للحد) ليس احترازا عما لايوجب الحد من الكبائر لما ذكر بعده من موانع الشهادة واذا اطلقه الزيلعي في الجميع فقال وكل من يرتكب الكبائر ترد شهادته واختلفوا في الكبيرة قال اهل الحجاز واهل الحديث هي السبع المذكورة في الحديث المشهور وهي الاشراك بالله والفرار من الزحف وعقوق الوالدين وقتل النفس بغير حق وبهت المؤمن والزنا وشرب الخمر وزاد بعضهم اكل الربا واكل مال اليتيم وقال بعضهم ما ثبت حرمته بدليل مقطوع به فهو كبيرة وقال بعضهم مافيه حد او قتل فهو كبيرة وقيل ما اصر عليه وقيل كل ما كان عمدا فهو كبيرة والاوجه ما ذكره المتكلمون ان الكبيرة والصغيرة اسمان اضافيان لايعرفان بذاتهما وانما يعرفان بالاضافة فكل ذنب اذا نسبته الى مادونه فهو كبيرة واذا نسبته الى مافوقه فهو صغيرة اه ولصاحب البحر رسالة في بيان افراد كل من الصغائر والكبائر

الافعال الرديئة فلا ترد شهادته (ونائحة ومغنية) لارتكابهما الحرام طمعا في المال والمراد بالنائحة التي تنوح في مصيبة غيرها واتخذته مكسبا والتغني للهو حرام في جميع الاديان خصوصا اذا كان من المرأة فان نفس رفع الصوت منها حرام فضلا عن ضم الغناء اليه ولهذا لم يقيده هنا بقوله للناس وقيد به فيما يأتي (ومدمن الشرب) اي شرب الاشربة المحرمة فان ادمان شرب غيرها لايسقط الشهادة مالم يسكر (على اللهو) شرط الادمان ليكون ذلك ظاهرا منه فان من شرب الخمر سرا ولا يظهر ذلك لايخرج من كونه عدلا وان كان شرب الخمر كبيرة وانما تسقط عدالته اذا كان يظهر ذلك او يخرج سكران ويلعب به الصبيان اذ لا مروءة لمثله ولا يحترز عن الكذب عادة كذا في الكافي (وعدو بسبب الدنيا) قال في المحيط لاتجوز شهادة رجل على رجل بينهما عداوة في شيء من امور الدنيا وقال الزاهدي ما ذكر في المحيط اختيار المتأخرين واما الرواية المنصوصة فبخلافه فانه اذا كان عدلا تقبل شهادته قال وهو الصحيح وعليه الاعتماد (ومن يلعب بالطيور) لشدة غفلته واصراره على نوع لهو لان الغالب انه ينظر الى العورات في السطوح وغيرها وهو فسق فاما اذا امسك الحمام للاستئناس ولا يطيرها فلا تزول عدالته لان امساكها في البيوت مباح (او الطنبور) لانه من اللهو (او يغني للناس) لانه يصير على نوع فسق ويجمعهم على الارتكاب كبيرة ولا يمتنع عادة عن المجازفة والكذب واذا كان لايسمع غيره ولكن يسمع نفسه لازالة الوحشة فلا يقدح في الشهادة (او يرتكب مايحد به) اي يأتي نوعا من الكبائر الموجبة للحد لوجود تعاطيه بخلاف اعتقاده وذا دليل قلة ديانته فلعله يجترئ على الشهادة زورا كذا في الكافي اقول ظاهر هذا مخالف لما نقلنا عنه في شرب الخمر سرا لكن التوفيق بينهما ان المراد

(بارتكاب)

(قوله وشرط فى المبسوط ان يكون مشهورا بأكل الربا) قال الزيلعى وهذا بخلاف أكل مال اليتيم حيث لا يشترط فيه الادمان لان التحرز عنه ممكن لعدم دخوله فى ملكه بخلاف الربا لدخوله فيشترط فيه الادمان (قوله وان كان مكروها عندنا)

بارتكاب مايحد به ليس ارتكاب مامن شأنه ان يحد به بل ارتكاب مايحد به بالفعل ولايكون ذلك الابالظهاره واطلاع الشهود عليه (او يدخل الحمام بلا ازار) لان كشف العورة حرام ومع ذلك يدل على عدم المبالاة (او يأكل الربا) لانه فاسق وشرط فى المبسوط ان يكون مشهورا بأكل الربا لان التجار قلما يتخلصون عن الاسباب المفسدة للعقد وكل ذلك ربا فلابد من الاشتهار (او يلعب بنرد او يقامر بشطرنج او يترك به) اى بالشطرنج (الصلاة) لان كلا منها كبيرة يدل على الدناءة فأما مجرد اللعب بالشطرنج بدون قمار وترك صلاة فليس بفسق مانع للشهادة وان كان مكروها عندنا لان للاجتهاد فيه مساغا لكونه مباحا عند الشافعى واما من يلعب بالنرد فهو مردود الشهادة مطلقا او يبول او يأكل على الطريق) فيدلهما او يظهر سب السلف) وهم الصحابة والعلماء المجتهدون رضوان الله تعالى عليهم لان هذه الافعال تدل على قصور عقله ومروأته ومن لم يمتنع عنها لا يمتنع عن الكذب بخلاف من لا يرتكبها (شهدا) اى ابنا الميت (ان أباهما اوصى اليه) اى جعل هذا الشخص وصيا (وهو) اى ذلك الشخص (يدعيه) اى كونه وصيا (صحت) اى شهادتهما استحسانا وان انكر الوصى ذلك لم تقبل والقياس ان لا تقبل وان ادعى (كشهادة دائنى الميت) اى غريمين لهما على الميت دين (ومديونيه) اى غريمين للميت عليهما دين (والموصى لهما) اى رجلين اوصى لهما الميت (ووصيه على الايصاء) اى نصب الوصى وهو متعلق بقوله كشهادة وكان القياس ان لا تقبل شهادة هؤلاء لانهما يجران الى انفسهما مغنما بشهادتهما فيرد ذلك لان الوارثين قصدا بها نصب من يتصرف لهما ويقوم باحياء حقوقهما والغريمين قصدا نصب من يستوفيان حقهما او يبرآن بالدفع اليه والوصيين قصدا نصب من يعينهما على التصرف فى المال الميت والموصى لهما قصدا نصب من يدفع اليهما حقهما وجه الاستحسان انها ليست بشهادة حقيقة لانها توجب على القاضى مالا يتمكن منه بدونها وهذه ليست كذلك لتمكنه من نصب الوصى اذا رضى الوصى والموت معروف حفظا لاموال الناس عن الضياع لكن عليه ان يتأمل فى صلاحية من ينصبه واهليته وهؤلاء بشهادتهم كفوه مؤنة التعين ولم يثبتوا بها شيأ فصار كالقرعة فى كونها ليست بحجة بل دافعة مؤنة تعيين القاضى (ولو شهدا ان أباهما الغائب وكله بقبض دينه ردت) اى شهادتهما سواء (ادعى) اى الوكيل الوكالة (او لا) لتمكن الشبهة فى شهادتهما لانهما يشهدان لابيهما وقدم بطلانها (كالشهادة على جرح مجرد) وهو ما يفسق به الشاهد ولا يوجب عليه حق الشرع او العبد فانها لا تقبل (كفاسق او آكل الربا او انه استأجرهم) ونحو ذلك كما سيأتى لانها انما تقبل فيما يدخل تحت الحكم وفى وسع القاضى الزامه والفسق ليس كذلك لانه يدفعه بالتوبة والاستئجار وان كان امرا زائدا على الجرح لكن لا خصم فى اثباته اذ لا تعلق له بالاجرة حتى لو اقام المدعى عليه البينة ان المدعى

يعنى به انه حرام غير مباح كما فى الفتح (قوله واما من يلعب بالنرد فهو مردود الشهادة مطلقا) قال الكمال ولعب الطاب فى بلادنا مثله لانه يرمى ويطرح بلا حساب واعمال فكر وكل ما كان كذلك مما احدثه الشيطان وعمله اهل الغفلة فهو حرام سواء قومر به او لا ولا تقبل شهادة اهل الشعبذة والدكاك والسيميا اذا أكل بها او اتخذها مكسبه واما من علمها ولم يعملها فلا (قوله والغريمين قصدا نصب من يستوفيان حقهما) يعنى منه وهو كذلك فى عبارة الكافى (قوله وجه الاستحسان انها ليست بشهادة حقيقة لانها لا توجب على القاضى مالم يتمكن منه بدونها وهذه ليست كذلك) الصواب اسقاط لا النافية من قوله لانها لا توجب على القاضى لان الضمير فى قوله لانها راجع الى الشهادة الحقيقية فلا يصح ان يقال لانها لا توجب على القاضى مالم يتمكن منه الخ لا يقال انه راجع الى شهادة المذكورين لما يلزم منه ان تكون شهادة هؤلاء المذكورين ملزمة وهو عكس الموضوع (قوله والموت معروف الواو للحال اى يتمكن القاضى من نصب الوصى اذا رضى فى هذه الحالة بخلاف ما اذا لم يرض او كان الموت غير ظاهر اذ لا يكون له نصب الوصى الا بهذه البينة فتصير الشهادة موجبة فتبطل لمعنى التهمة وفى الغريمين للميت عليهما دين تقبل شهادتهما وان لم يكون الموت ظاهرا لانهما يقران على انفسهما بثبوت ولاية القبض للمشهود له فانتفت التهمة وثبت موت رب الدين باقرارهما فى حقهما وقيل معنى القبول امر القاضى اياهما باداء ما عليهما اليه لا براءتهما عن الدين بهذا الاداء لان استيفاء الدين منهما حق عليهما فيقبل فيه والبراءة حق لهما فلا تقبل فيها كذا فى الكافى

استأجرهم بكذا او اعطاهم ذلك من مال الذى عنده تقبل كما سيأتى قال صدر الشريعة اذا اقام البينة على العدالة فأقام الخصم البينة على الجرح ان كان الجرح جرحا مجردا لايعتبر بينة الجرح وانما قلت ان صورة المسئلة هذا لانه ان لم يقم البينة على العدالة فاخبر مخبران الشهود فساق او أكلة الربا فان الحكم لايجوز قبل ثبوت العدالة لاسيما اذا اخبر مخبران الشهود فساق اقول حقيقته ان جرح الشاهد قبل التعديل دفع للشهادة قبل ثبوتها وهى من باب الديانات ولذا قبل فيه خبر الواحد كما مر فى كتاب الكراهية والاستحسان وبعد التعديل رفع للشهادة وبعد ثبوتها حتى وجب على القاضى العمل بها ان لم يوجد الجرح المعتبر ومن القواعد المقررة ان الدفع اسهل من الرفع وهو السر فى كون الجرح المجرد مقبولا قبل التعديل ولو من واحد وغير مقبول بعده بل يحتاج الى نصاب الشهادة فى اثبات حق الشرع او العبد فاضمحل بهذا التحقيق مااعترض عليه بعض المتصلفين بلاشعور على مراد القائل ومع ذلك هو ذاهل عن القواعد وغافل حيث قال اقول فيه نظر اذ الغرض ان مثل هذه الشهادة لاتعتبر سواء كان قبل تعديل الشهود او بعده فلا حاجة الى ماذكره من الصورة المقيدة ولذلك قلت (بعد التعديل وقبله قبلت مثل ان يشهدوا على ان شهود المدعى فسقة او زناة او أكلة الربا او شربة خمر او على اقرارهم انهم شهدوا بالزور أو) على اقرارهم (انهم اجراء فى هذه الشهادة او) على اقرارهم (ان المدعى مبطل فى هذه الدعوى او انه لاشهادة لهم على المدعى عليه فى هذه الحادثة) وانما تقبل هذه الشهادات بعد التعديل لان العدالة بعد ماثبتت لاترتفع الا باثبات حق الشرع او العبد كما عرفت وليس فى شئ مما ذكر اثبات واحد منهما بخلاف ما اذا وجدت قبل التعديل فانها كافية فى الدفع كما مر (وقبلت على اقرار المدعى بفسقهم او) اقراره (بشهادتهم بزور أو بانه استأجرهم على هذه الشهادة) لانه اقرار منه بأنه لاحق له فى دعواه (و) قبلت ايضا (على انهم) اى الشهود (عبيد او محدودون بقذف او انهم زنوا ووصفوا الزنا او سرقوا منى كذا او شربوا الخمر ولم يتقادم العهد) بان لم يزل الريح فى الخمر ولم يمض شهر فى الباقى قيد بعدم التقادم اذ لو كان متقادما لاتقبل لعدم اثبات الحق به لان الشهادة بحد متقادم مردودة (او شركاء المدعى والمدعى مال) هم يشتركون فيه (او قذفة والمقذوف يدعيه او انه استأجرهم بكذا واعطاهم اياه) اى الاجر (مما كان لى عنده او انى صالحتهم على كذا ودفعته اليهم على ان لايشهدوا على زورا وشهدوا زورا فانا الطالب مااعطيتهم) وانما قبلت فى هذه الصور لان فى بعضها حق الله وفى بعضها حق العبد والحاجة ماسة الى احياء هذه الحقوق (من) اى شاهد (رده قاض فى حادثة) اى لم تقبل شهادته فيها (ليس لآخر) اى قاض غيره (قبوله فيها) لان الظاهر ان رد الاول لوجه شرعى فلا يجوز مخالفة الثانى له (شهادة قاصرة يتمها غيرهم تقبل فى مثل ان شهدا بالدار بلا ذكر انها فى يد الخصم فشهد به آخران) فانهما يقبلان لان الحاجة الى الشهادة لاثبات يد المدعى عليه حتى يصير خصما فى اثبات الملك للمدعى ولافرق فى ذلك بين ان يثبت كلا الحكمين بشهادة فريق

(واحد)

(قوله وقبلت على اقرار المدعى بفسقهم او اقراره بشهادتهم بزور) تقدم مثله فى الدعوى بقوله برهن على قول المدعى انا مبطل فى الدعوى او شهودى كذبة او ليس لى عليه شئ صح الدفع (قوله او انهم زنوا او وصفوا الزنا الخ) قال الكمال من الجرح المجرد ان يشهدوا ان الشهود زناة او شربة الخمر ثم قال فاما لو كان الجرح غير مجرد الى ان قال منه مالو شهدوا ان الشاهد شرب الخمر او زنى اه فذكر الشرب والزنا فى كل من صور الجرح المجرد وغيره ثم قال قد وقع فى عد صور عدم القبول ان يشهدوا بأنهم فسقة او زناة او شربة خمر وفى صور القبول ان يشهدوا بأنه شرب او زنى لانه ليس جرحا مجردا لتضمنه دعوى حق الله وهو الحد ويحتاج الى جمع وتأويل اه (قلت) وبالله التوفيق الجمع بينهما والتأويل مماذكره الزيلعى ان الشاهد اذا اطلق فى انه زنى او شرب الخمر او سرق ولم يبين وقته لاتقبل للتقادم فيحمل مافى صور الجرح على هذا وان بينه ولم يكن متقادما تقبل وعليه يحمل مافى صور القبول وهذه عبارته وماذكره الخصاف من قوله ان الشهادة على الجرح المجرد مقبولة تأويله اذا اقامها على اقرار المدعى بذلك او على التزكية وعلى هذا ماذكره فى الكافى وغيره من ان الشهود لو شهدوا ان الشهود زناة او شربة خمر لم تقبل وان شهدوا انهم زنوا او شربوا الخمر او سرقوا تقبل ويحمل الاول على انه اذا كان متقادما والا فلا فرق بين قولهم زناة او زنوا الخ اه فالمصنف رحمه الله تبع ماأول به الزيلعى كلامهم رحمهم الله اجمعين

(**قوله** ثم اذا شهدا انها في يد المدعى عليه سألهم القاضي الخ) ذكره في جامع الفصولين ثم قال وقد اشتبه على كثير من الفقهاء انه بمجرد اقراره هل تثبت يده حكما فالم يذكر انهما عاينا يده لا تقبل ولا يختص هذا بهذه الحادثة وفي غيرها كذلك حتى لو شهدا ببيع وتسليم يسألهما القاضي أشهدا على اقرار البائع او على معاينة البيع والتسليم والحكم يختلف فان الشهادة بالبيع والتسليم شهادة بالملك للبائع والشهادة على اقرار البائع به ليست شهادة بملك البائع اقول الشهادة على المعاينة قد تكون في غير ملك البائع بأن يبيع وكالة فلا يستقيم جعل الشهادة على معاينة البيع شهادة بالملك للبائع على الاطلاق وبين هذا وبين الشهادة بالملك للبائع بناء على معاينة اليد والتصرف فرق يعرف بالتأمل فلا يقاس عليه اه قلت ولا يختص بما بحث به فان الشهادة على معاينة البيع لا تقتضي الملك اذ يجوز للشاهد بالبيع ان يدعيه بعد شهادته به ما لم يشهد بأنه باع ملك نفسه او بيعا باتا كما تقدم اه (**قوله** وان شهدوا بالملك في الحدود وآخران بالحدود حيث يقبلان) قال في جامع الفصولين ان الرواية اختلفت في هذه المسئلة والاظهر انها تقبل (**قوله** شهد عدل فقال اوهمت بعض شهادتي لم يضرها) ليس المراد كونه على الفور بل ما لم يبرح عن مكانه اشار اليه بقوله يعني بعد ما شهد تذكر وقوله اوهمت اي الاخطاء لنسيان عراني بزيادة ﴿٣٨٣﴾ باطلة بأن كان شهد بألف فقال انما هي خمسمائة او بنقص بأن شهد بخمسمائة فقال اوهمت انما هي الف جازت شهادته واذا جازت فبماذا يقضى قيل بجميع ما شهد به لأن ما شهد به صار حقا للمدعي على المدعى عليه فلا يبطل حقه بقوله اوهمت ولا بد من دعوى المدعي الزيادة وقيل بما بقي فقط واليه مال شمس الائمة السرخسي وروى الحسن عن ابي حنيفة اذا شهد شاهدان لرجل شهادة ثم زادا فيها قبل القضاء او بعده وقالا اوهمنا وهما غير متهمين قبل منهما وظاهر هذا انه يقضى بالكل كذا في الفتح وبه يعلم انه لا فرق بين كونه قبل القضاء او بعده وبه صرح قال وذكر في النهاية ان الشاهد اذا قال اوهمت في الزيادة او في النقصان يقبل قوله اذا كان عدلا ولا يتفاوت بين ان يكون قبل القضاء او بعده رواه الحسن عن ابي حنيفة وبشر عن ابي يوسف (**قوله** والملحق في الجامع الصغير والمحيط انه اذا لم يبرح الخ) هذا وقيد الزيلعي شرط عدم البراح بما اذا كان موضع شبهة كما بينا اما اذا لم يكن موضع شبهة فلا بأس بأعادة الكلام وان قام عن المجلس ان كان عدلا مأمونا مثل ان يترك لفظ الشهادة او اسم المدعي او المدعى عليه او الاشارة الى احد الخصمين وما يجري مجراه (**قوله** وعن ابي حنيفة وابي يوسف انه يقبل في غير المجلس في الكل) الاول هو الظاهر (**قوله** بينة الموت من الجرح الى آخر الباب) كان المناسب ذكره في دعوى الرجلين ــ تنبيه ــ في الشهادة على فعل نفسه اعلم انه عقد لذلك فصلا في الخلاصة والتتارخانية وقد استفتي الآن عن قباني ونحوه شهد بالوزن والتسليم للمدعى عليه وكذلك ذرع الثوب لو اخبر به الشاهد بأنه ذرعه وسلمه للمدعى عليه وجوابه قال في الخلاصة ما نصه وفي المنتقى لو شهدا على رجل بمال انه قبضه من فلان وهو ينكر فشهدا على قبضه وقالا نحن وزناه عليه ان كانا زعما ان رب المال كان حاضرا جازت شهادتهما وان لم يكن حاضرا عند الوزن لا تقبل اه قال في التتارخانية لانه اذا كان حاضرا انتقل فعل العقد اليه فكان الشاهد شاهدا على فعل غيره فاما اذا كان غائبا تعذر اضافته اليه فبقي العقد مقصورا عليه وذكر بعد هذا الوزن له الغريم ألف درهم ووضعه وقال خذ مالك فقال المقتضي لرجل ناولني هذه الدراهم فناولها ثم شهد على المقتضي وانه هو الذي دفع اليه الدراهم جازت شهادته وذكر هلال في شروطه انه لا تقبل شهادة الذي كال المكيل وفي المذروع تقبل شهادة الذارع اه وسنذكر في كتاب القسمة جواز شهادة القاسمين ولو قسما بأجر مطلقا

واحد أو فريقين ثم اذا شهدا انها في يد المدعى عليه سألهم القاضي أعن سماع تشهدون انها في يده او عن معاينة لانهم ربما سمعوا اقراره انها في يده وظنوا ان ذلك يطلق لهم الشهادة كذا في العمادية (وان شهدا بالملك في الحدود وآخران بالحدود) حيث يقبلان لما ذكر (وان شهدوا على الاسم والنسب ولم يعرفوا الرجل بعينه فشهد آخران انه المسمى به) اي بذلك الاسم وسيأتي نظائرها (شهد عدل فقال اوهمت بعض شهادتي لم يضرها) يعني بعد ما شهد تذكر لفظا تركه في شهادته فذكره تقبل اذا لم يكن فيه مناقضة والملحق في الجامع الصغير والمحيط انه انما لم يبرح عن مكانه جاز ذلك اذا كان عدلا ولم يشترط عدم المناقضة وانه شرط حسن ذكره الزاهدي (بينة الموت من الجرح اولى من بينة الموت بعد البرء) يعني جرح رجل انسانا ومات المجروح فاقام اولياؤه بينة انه مات بسبب الجرح واقام الضارب بينة انه بريء ومات بعد عشرة ايام فبينة اولياء المقتول اولى (وبينة الغبن اولى من بينة كون القيمة مثل الثمن) يعني ان وصيا باع كرم الصبي وبلغ الصبي وادعى غبنا واقام بينة واقام المشتري بينة ان قيمة الكرم في ذلك الوقت

مثل الثمن فبينة الثمن اولى لانها تثبت امرا زائدا ولان بينة الفساد ارجح من بينة الصحة (و) بينة (كون المتصرف عاقلا اولى من) بينة (كونه مخلوط العقل او مجنونا) يعنى ان امة اقامت بينة ان مولاها دبرها فى مرض موته وهو عاقل واقامت الورثة بينة ان مولاها كان مخلوط العقل فبينة الامة اولى وكذا اذا خالع امرأته ثم اقام الزوج بينة انه كان مجنونا وقت الخلع واقامت بينة على كونه عاقلا حينئذ او كان مجنونا وقت الخصومة فاقام وليه بينة انه كان مجنونا والمرأة على انه كان عاقلا فبينة المرأة اولى فى الفصلين (و) بينة (الاكراه اولى من بينة الطوع) يعنى لو اثبت اقرار انسان بشىء طائعا فاقام المدعى عليه بينة انى كنت مكرها فى ذلك الاقرار فبينة الاكراه اولى لانها تثبت خلاف الظاهر

باب الاختلاف فى الشهادة

اعلم ان مبنى الباب على اصول مقررة منها ان الشهادة على حقوق العباد لا تقبل بلا دعوى من مدع لان ثبوت حقوقهم يتوقف على مطالبتهم ولو بالتوكيل بخلاف حقوق الله تعالى حيث لا يشترط فيها الدعوى لان اقامة حقوق الله تعالى واجبة على كل احد فكل احد خصم فى اثباتها فصار كأن الدعوى موجودة ومنها ان الشهود اذا شهدوا باكثر من المدعى كان المدعى مكذبا لهم فتبطل شهادتهم وان شهدوا بالاقل تقبل للاتفاق فيه ومنها ان الملك المطلق ازيد من المقيد لثبوته من الاصل والملك بالسبب مقتصر على وقت السبب ومنها ان الاختلاف بين الشاهدين ليس كالاختلاف بين الدعوى والشهادة لان شهادة الشاهدين ينبغى ان تكون كل منهما مطابقة للاخرى فى المعنى وفى لفظ لا يوجب اختلاف المعنى اما المطابقة بين الدعوى والشهادة فينبغى ان تكون فى المعنى فقط ولا عبرة باللفظ كذا فى الفصول وسيأتى زيادة توضيح له وبه يعلم ان عبارة الوقاية ليست كما ينبغى حيث قال شرط موافقة الشهادة الدعوى كاتفاق الشاهدين لفظا ومعنى ولهذا قلت (تجب مطابقة الشهادة للدعوى) لا لفظا ومعنى معا بل (معنى) فقط (فلو ادعى ملكا مطلقا فشهدا بملك بسبب) كدعوى الدار بالارث مثلا (قبلت) لانهم شهدوا باقل مما ادعى وذلك لا يمنع قبول الشهادة للمطابقة معنى كما مر (وبعكسه) اى لو ادعى ملكا بسبب وشهدا بملك مطلق (لا) اى لا تقبل لانهما شهدا باكثر مما ادعى فتبطل كما مر (و) يجب (تطابق الشهادتين فى المعنى ولفظ لا يوجب اختلافه) اى اختلاف المعنى بان يتطابق لفظهما على افادة المعنى بطريق الوضع لا التضمن وعندهما يكفى الاتفاق فى المعنى حتى اذا ادعى رجل مائة درهم فشهد شاهد بدرهم وآخر بدرهمين وآخر بثلاثة وآخر باربعة وآخر بخمسة لم تقبل عنده لعدم المطابقة لفظا وعندهما يقضى باربعة لاتفاق الشاهدين الاخيرين فيها

﴿باب الاختلاف فى الشهادة﴾ (قوله منها ان الشهادة على حقوق العباد الخ) ليس من هذا الباب لانه فى الاختلاف فى الشهادة لا فى قبول الشهادة وعدمه (قوله ومنها ان الشهود اذا شهدوا باكثر من المدعى) هذا فى الجملة (قوله ومنها ان الملك المطلق الخ) هذا ايضا فى الجملة لما سنذكر (قوله فلو ادعى ملكا مطلقا الخ) ﴿٣٨٤﴾ كان الانسب ان يفرع بقوله فلو ادعى الفين وشهدا بالف قبلت اتفاقا لوجود التطابق معنى ولا يشكل هذا على قول ابى حنيفة لان الاتفاق بين الدعوى والشهادة وان اشترط لكن ليس على وزان اتفاقه بين الشاهدين الا يرى انه لو ادعى الغصب فشهدوا باقراره به تقبل ولو شهد احدهما بالغصب والآخر على الاقرار به لا تقبل وحينئذ فقد حصلت الموافقة بين الدعوى والشهادة لانه لما ادعى بالفين كان مدعيا الالف وقد شهدا به صريحا فتقبل بخلاف شهادتهما بالالف والالفين لم ينص شاهد الالفين على الالف الا من حيث هى الثان ولم يثبت الالفان كذا فى الفتح (قوله وبعكسه اى لو ادعى ملكا بسبب وشهدا بملك مطلق لا اى لا تقبل) هذا فى غير دعوى الارث والنتاج وكذا فى غير دعوى الشراء من مجهول على خلاف فيه لما قال الكمال ادعى ملكا مطلقا او بالنتاج فشهدوا فى الاول بالملك بسبب وفى الثانى بالملك المطلق قبلتا ثم قال بعد تعليله ومن الاكثر ما لو ادعى الملك بسبب فشهدوا بالمطلق لا تقبل الا اذا كان السبب الارث لان دعوى الارث كدعوى المطلق هذا هو المشهور وفيه من الاقضية بما اذا نسبه الى معروف سماه ونسبه اما لو جهله فقال اشتريته او قال من رجل او زيد وهو غير معروف فشهدوا بالمطلق قبلت فهى خلافية ذكر الخلاف فى القبول رشيد الدين اه (قوله ويجب تطابق الشهادتين فى المعنى الخ) من صوره ما لو ادعى الابراء فشهد احدهما انه ابرأه وآخر انه وهب له او تصدق به عليه فانها تقبل لانهما يستعملان فى البراءة او شهد احدهما بالهبة والآخر بالابراء تقبل كما فى الكافى مع زيادة فائدة اه وذكر الكمال ان من المسائل المذكورة فى اوقاف الخصاف ما يخالف اصل ابى حنيفة رحمه الله تعالى فليراجع

(معنى)

(قوله فلو شهد احدهما بالنكاح والآخر بالتزويج قبلت) كذا تقبل فيما لو ادعت نكاحه فشهد احدهما انها امرأته والآخر انها كانت امرأته او شهد انه اقر انها امرأته والآخر انه اقر انها كانت امرأته كما في جامع الفصولين فان قلت يشكل هذا على قول ابي حنيفة بما اذا شهد احدهما انه قال لها انت خلية والآخر انت برية حيث لا يقضي ببينونة اصلا مع افادتهما معا البينونة واختلاف اللفظ وحده غير ضار قلت نمنع الترادف لان معنى خلية ليس معنى برية لغة والوقوع ليس الا باعتبار معنى اللغة ولذا قلنا ان الكنايات عوامل بحقائقها وهما لفظان متباينان لمعنيين متباينين غير ان المعنيين المذكورين المتباينين يلزمهما لازم واحد وهو وقوع البينونة والمتباينان قد يشتركان في لازم واحد فاختلافهما ثابت في اللفظ والمعنى فلما اختلف المعنى منهما كان دليل اختلال تحملهما فان هذا يقول ما وقعت البينونة الا بوصفها بخلية والآخر لم تقع الا بوصفها ببرية والا فلم تقع البينونة كذا في الفتح (قوله كذا الهبة والعطية ونحوهما) هو النحلة لاتفاق المعنى وهذا بخلاف ما لو اختلفا في السبب كما لو شهد احدهما بالهبة والآخر بالصدقة فانها لا تقبل لانهما شهدا بعقدين مختلفين كما في المحيط ووجهه ما قال في الكافي ان الصدقة اخراج المال الى الله تعالى والهبة الى ﴿ ٣٨٥ ﴾ العبد اه فعلى هذا ينبغي القبول اذا كانت الدعوى من فقير لان الهبة له صدقة

معنى (فلو شهد احدهما بالنكاح والآخر بالتزويج قبلت) لاتحادهما معنى (كذا الهبة والعطية ونحوهما ولو) شهد (احدهما بالف والآخر بالفين اومائة ومائتين اوطلقة وطلقتين اوثلاث ردت) لاختلاف المعنيين (كما اذا ادعى غصبا اوقتلا فشهد احدهما به والآخر بالاقرار به) حيث لا تقبل بخلاف ما اذا شهدا بالاقرار به حيث تقبل (وقبلت على الف في بالف ومائة) اي في شهادة احدهما بالف والآخر بالف ومائة (ان ادعى) المدعي (الاكثر) وهو الف ومائة لاتفاقهما في الالف وتفرد احدهما بمائة بخلاف ما اذا كان يدعي الفا فقط حيث لا تقبل لان المدعي كذب من شهد بالزيادة هذا الذي ذكرنا هو في الدين (وفي العين تقبل على الواحد كما لو شهد واحد ان هذين العبدين له وآخر ان هذا له قبلت على) العبد (الواحد) الذي اتفقا فيه (بالاجماع) كذا في باب الشهادة في الشرب من المحيط (وفي العقد لا) اي لا تقبل (مطلقا) اي سواء كانت على الاقل اوالاكثر اوكان المدعي هو البائع او المشتري (فلو شهد) واحد (بشراء عبد اوكتابته بالف وآخر بالف وخمسمائة ردت) لان المقصود اثبات السبب وهو العقد فالبيع بالف غير البيع بالف وخمسمائة فاختلف المشهود به لاختلاف الثمن فلم يتم النصاب على واحد منهما ولان المدعي يكذب احد شاهديه (كذا العتق بمال والصلح عن قود والرهن والخلع ان ادعى العبد) في الصورة الاولى (والقاتل) في الثانية (والراهن) في الثالثة (والمرأة) في الرابعة لان هؤلاء لا يقصدون اثبات المال بل اثبات العقد وهو مختلف لما عرفت (وان ادعى الآخر) بان قال مولى العبد اعتقتك على الف وخمسمائة والعبد يدعي الالف اوقال ولي القصاص صالحتك

(قوله ولو شهد احدهما بالف والآخر بالفين الخ) قول ابي حنيفة رحمه الله وعندهما تقبل على الاقل ان ادعى المدعي الاكثر كما في الكافي وهذا بخلاف ما لو ادعى الفين فشهدا بالف حيث تقبل اتفاقا كما قدمناه عن الكمال (قوله كما اذا ادعى غصبا او قتلا الخ) وجه عدم القبول ان اختلافهما في الانشاء والاقرار وقع في الفعل فمنع قبول الشهادة وكذا لو شهد احدهما انه قتله عمدا بالسيف والآخر انه قتله بالسكين لم تقبل لان الفعل لا يتكرر باختلاف الآلة وهذا بخلاف ما لو شهد احدهما بالبيع او القرض او بالطلاق او العتاق والآخر بالاقرار به فانها تقبل لان صيغة الانشاء والاقرار في هذه التصرفات واحدة فانه يقول في الانشاء بعت واقرضت وفي الاقرار كنت بعت واقرضت فلم يمنع قبول الشهادة به كما في المحيط (قوله بخلاف (ردر ٤٩ ني) ما اذا شهدا بالاقرار به حيث تقبل) لانه لا يشترط التطابق بين الشهادة والدعوى على وزان تطابق الشاهدين كما ذكرناه عن الكمال (قوله فلو شهد واحد بشراء عبد بالف وآخر بالف وخمسمائة ردت) كذا في الفتح عن الجامع ثم قال وفي الفوائد الظهيرية عن السيد الامام الشهيد السمرقندي تقبل لان الشراء الواحد يكون بالف ثم يصير بالف وخمسمائة بان يزاد في الثمن فقد اتفقا على الشراء الواحد بخلاف ما لو قال احدهما اشترى بالف والآخر بمائة دينار لان الشراء لا يكون بالف ثم يكون بمائة دينار وقال بعض المحققين من الشارحين فيه نوع تأمل كأنه والله اعلم لو جاز لزم القضاء ببيع بلا ثمن اذ لم يثبت احد الثمنين بشهادتهما ثم لا يفيد لانه يعود الى الخصومة كما كانت في الالف والخمسمائة المدعى بها وانما كان السبب وسيلة الى اثباتها اه (قوله اوكتابة) شامل لو كان المدعي العبد او مولاه وانكر الآخر كما في الفتح (قوله اذا ادعى [illegible]د في الصورة الاولى) هي قوله كذا العتق وليس المراد بها الكتابة لما قدمناه عن الكمال (قوله وان ادعى الآخر

فكدعوى الدين في وجوهها) قال الكمال وذلك انه اذا ادعى اكثر المالين فشهد به شاهد والآخر بالاقل ان كان الاكثر بعطف مثل الف وخمسمائة قضى بالاقل اتفاقا وان كان بدونه كالف والفين فكذلك عندهما وعند ابي حنيفة لا يقضى بشيء اه يعني بان ادعى الفين فشهد شاهد بهما والآخر بالف اذ هي محل الخلاف اما لو ادعى الفين وشهدا بالف فانها تقبل كما قدمناه عنه رحمه الله وايانا (قوله قال صدر الشريعة الخ) محصله ان دعوى الرهن ليست كدعوى الدين حتى يلزم الاقل لان تطابق الشاهدين على الاقل بسبب الاقرار ملزم ذلك على المدعى عليه لامكان التوفيق واتحاد السبب وليس اتفاقهما على الاقل في الرهن ملزما به لكون المال تابعا للعقد وقد تعدد لان الشهادة بانه رهنه بالف غير الشهادة بالف وخمسمائة فلكونهما عقدين انفرد بكل فرد ردت شهادتهما وجواب المصنف بان المشبه الخ ليس محل النزاع ولا ينكر ذلك صدر الشريعة بل هو عين كلامه كما هو ظاهر واما قوله وانما كان كذلك الخ فحاصله الجواب بالفرق بين ثبوت العقد وزواله لان في ثبوت العقد تكون الدعوى بالعقد والمال تابع يثبت بثبوت العقد ﴿ ٣٨٦ ﴾ وفي زواله تكون الدعوى في الدين والعقد تابع يثبت بثبوت الدين اه لكنه يحتاج الى معرفة الزوال والثبوت وزيادة تحقيق ويعلم ذلك من قول المحقق ابن الهمام فان قيل الرهن لا يثبت الا بالايجاب والقبول فكان كسائر العقود فينبغي ان يكون اختلاف الشاهدين في قدر المال لاختلافهما فيه في البيع والشراء اجيب بان الرهن غير لازم في حق المرتهن فان له ان يرده متى شاء بخلاف الراهن ليس له ذلك فكان الاعتبار لدعوى الدين في جانب المرتهن اذ الرهن لا يكون الا بالدين فتقبل بينته في ثبوت الدين ويثبت الرهن ضمنا وتبعا للدين اه والظاهر ان هذا الجواب لغير الكمال ولذا عقبه على وجه التحقيق بقوله ولا شك ان دعوى المرتهن ان كان مثلا هكذا طالبه بالف وخمسمائة لي عليه على رهن له عندي فليس المقصود الا المال وذكر الرهن زيادة اذ لا يتوقف ثبوت دينه عليه بخلاف دين الثمن في البيع وان كان هكذا طالبه باعادة رهن كذا وكذا كان رهنه عندي على كذا ثم غصبه او سرقه مثلا فلا شك ان هذا دعوى العقد فاختلاف الشاهدين في انه رهنه بالف او الف وخمسمائة وان كان زيادة يوجب ان لا يقضى بشيء لان عقد الرهن يختلف به اه (قوله والاجارة كالبيع في اول المدة) اي لا تثبت بالاختلاف سواء كان المدعى هو المؤجر او المستأجر بان ادعى الاجارة سنة بالف وخمسمائة فشهد احدهما كذلك والآخر بالف لا تثبت الاجارة كالبيع كذا في الفتح وهذه تقدمت في الاجارة بقوله فان تنازعا قبل الزرع والحمل فسخها القاضي (قوله وكالدين بعدها والمدعى هو المؤجر) اي اذ سلمت العين المؤجرة الى المستأجر انتفع او لا فشهد احدهما بالف والآخر بالف وخمسمائة والمؤجر يدعي الاكثر يقضى بالف وان شهد الآخر بالفين والمدعي يدعيهما لا يقضى بشيء عنده وعندهما بالف وان كان المدعى هو المستأجر فهو كدعوى العقد بالاتفاق لانه معترف بمال الاجارة فيقضي عليه بما اعترف به فلا يعتبر اتفاق الشاهدين ولا اختلافهما فيه ولا

على الف وخمسمائة والقاتل يدعي الالف وكذا الباقيان (فكدعوى الدين) في وجوهها اذ ثبت العفو والعتق والطلاق باعتراف صاحب الحق فبقي الدعوى في الدين كذا في الهداية والمدعي في الرهن اذا كان المرتهن كان دعواه في الدين بلا خفاء لان الرهن لا يكون الا بعد تقدم الدين فتقبل البينة في حق ثبوت الدين كما في سائر الديون ويثبت الرهن بالالف ضمنا وتبعا للدين كذا في الكفاية قال صدر الشريعة ليس هذا كدعوى الدين لان الدين يثبت باقرار المديون فيمكن ان يقر عند احد الشاهدين بالف وعند الآخر باكثر ويمكن ايضا ان يكون الحق هو الاكثر لكنه قضى الزائد على الالف او برئه عنه عند احد الشاهدين دون الآخر فالتوفيق بينهما ممكن اما هنا فالمال يثبت بتبعية العقد والعقد بالالف غير العقد بالاكثر فبقي على كل واحد شهادة فرد فلا تقبل كما في الطرف الآخر اقول جوابه ان المشبه لا يجب ان يكون في حكم المشبه به بجميع الوجوه بل المراد بكونه كدعوى الدين ان الشاهدين اذا كانا مختلفين لفظا لا تقبل عند ابي حنيفة وان كانا متفقين معنى فان ادعى المدعي الاقل لا تقبل شهادة الشاهد بالاكثر وان ادعى الاكثر تقبل على الاقل وانما كان كذلك لان المال في هذه الصور الاربع وان كان ثابتا بالعقد حين العقد وتابعا له لكن الامر صار بالعكس حين الدعوى لما عرفت ان صاحب الحق اذا اعترف بالعفو والعتق والطلاق والمدعي في الرهن اذا كان هو المرتهن كان الدعوى في الدين ولا يعتبر العقد وان اعتبر اعتبر بالتبع للدين كما في الرهن فظهر ان قوله فالمال يثبت بتبعية العقد انما نشأ من عدم التفرقة بين ثبوت العقد وزواله فتدبر (والاجارة كالبيع في اول المدة) للحاجة الى اثبات العقد (وكالدين بعدها والمدعي هو المؤجر) اذ لا حاجة هنا الى اثبات العقد (والنكاح)

(والنكاح يصح بالاقل مطلقا) اى سواء كان الدعوى من الزوج او المرأة والمدعى يدعى الاقل او الاكثر وعندهما تبطل الشهادة ولا يقضى بشىء كما فى البيع لان المقصود من الجانبين اثبات السبب والنكاح بألف غير النكاح بألف وخمسمائة وله ان المال فى النكاح تابع ولهذا يصح بلا تسمية مهر ومن حكم التابع ان لا يغير الاصل الا يرى انه لا يبطل بنفيه ولا يفسد بفساده فكذا لا يختلف باختلافه اذا اتفقا على ما هو الاصل وهو الملك والحل فوجب القضاء به واذا وجب بقى المهر مالا منفردا فوجب القضاء بأقل المقدارين كما فى المال المنفرد (شهدا بألف وقال احدهما قضى خمسمائة قبلت بألف) لانهما اتفقا عليه (كما اذا شهدا بقرض الف وقال احدهما قضاه) اى ذلك القرض قبلت الشهادة على القرض لاتفاقهما عليه ورد (قوله قضى كذا) اى قضى خمسمائة فى الاول وقضى القرض فى الثانى لانه شهادة فرد (الا اذا شهد معه آخر) اذ حينئذ يوجد نصاب الشهادة (ولا يشهد من علمه) اى القضاء فى الصورتين (حتى يقر المدعى بما قبض) لئلا يكون اعانة على الظلم (شهدا بقتل زيد يوم كذا بمكة و) شهد (آخران بقتله فيه) اى فى ذلك اليوم (بالكوفة ردتا) يعنى ان اربعة رجال اجتمعوا عند قاض فشهد اثنان منهم بما ذكر اولا والآخران بما ذكر ثانيا ردت شهادتهما لان احدى الطائفتين كاذبة بيقين (فان قضى باحداهما ردت الاخرى) لرجحان الاولى بالسبق (شهدا بسرقة بقرة واختلفا فى لونها) بأن قال احدهما كانت بيضاء والآخر كانت سوداء او قال احدهما كانت صفراء والآخر كانت حمراء (قطع) وقالا لا يقطع لانهما اختلفا فى المشهود به فيمتنع به القبول كما اذا اختلفا فى الذكورة والانوثة او اختلفا فى اللون فى الغصب بل اولى لان الثابت فى الغصب ضمان لا يسقط بالشبهات والثابت هنا حد يسقط بها وله انهما اختلفا فيما ليس من صلب الشهادة ولهذا لو سكتا عن ذكر اللون تقبل شهادتهما والتوفيق ممكن لان اللونين قد يجتمعان بأن يكون احد شقيها اسود والآخر ابيض ويرى احد الشاهدين احد طرفيها والآخر الآخر (بخلاف الذكورة والانوثة) لانه لا يعرف الا بالقرب منه وعند القرب لا يقطع الاشتباه

يثبت العقد للاختلاف كما فى الفتح (**قوله** والنكاح يصح بالاقل الخ) كذا حكى الخلاف المذكور الزيلعى ثم قال وقيل هذا فيما اذا كانت المرأة هى المدعية واما اذا كان المدعى هو الزوج فمقصوده العقد لا المال بخلافها فلا تقبل بينة بالاجماع والاول هو الاصح وهو استحسان ويستوى فيه دعوى اقل المالين واكثرهما فى الصحيح اهـ وقال فى البرهان والاصح ان الخلاف فى الفصلين اهـ اى دعواه ودعواها (**قوله** مطلقا) اطلاق الصحة بالزام فى دعوى الاقل والاكثر مخالف للرواية لما قال الكمال اجرى اطلاقه يعنى صاحب الهداية فى دعوى الاقل والاكثر فصحح الصحة سواء ادعى المدعى الاقل او الاكثر وهذا مخالف للرواية فان محمدا رحمه الله تعالى فى الجامع قيده بدعوى الاكثر حيث قال جازت الشهادة بألف وهى تدعى الفا وخمسمائة والمفهوم يعتبر رواية وبقوله ذلك ايضا يستفاد لزوم التفصيل فى المدعى به بين كونه الاكثر فتصح عنده او الاقل فلا يختلف فى البطلان لتكذيب المدعى شاهده الاكثر كما عول عليه محققو المشايخ فان قول محمد وهى تدعى الخ يفيد تقييد جواب قول ابى حنيفة بالجواز بما اذا كانت هى المدعية للاكثر دونه فان الواو فيه للحال والاحوال شروط فيثبت العقد باتفاقهما دون الف اهـ (قلت) الا ان الزيلعى رحمه الله تعالى اشار الى جواب هذا فقال ويستوى فيه دعوى اقل المالين واكثرهما فى الصحيح لاتفاقهما فى الاصل وهو العقد والاختلاف فى التبع لا يوجب خللا فيه لكنه لابد من وجوب المال فيجب الاقل لاتفاقهما عليه ولا يكون بدعوى الاقل تكذيبا للشاهد لجواز ان الاقل هو المسمى ثم صار اكثر بالزيادة اهـ (**قوله** شهدا بألف وقال احدهما قضى خمسمائة قبلت) قال الزيلعى فان قيل ينبغى ان لا تقبل لتكذيب المدعى شاهده كما اذا شهدله بألف وخمسمائة والمدعى يدعى الفا قلنا التكذيب فيما شهد به عليه لا يقدح كما اذا شهدا له بحق ثم شهدا عليه بحق لآخر فان شهادتهما لا تبطل وان كذبهما بخلافه فيما شهدا له به اهـ (**قوله** ولا يشهد عليه حتى يقر المدعى بما قبض) اى يجب عليه ان لا يشهد الخ كذا فى التبيين (**قوله** شهدا بسرقة بقرة واختلفا فى لونها قطع) هذا الخلاف فيما اذا لم يذكر المدعى لونها ولو عين لونها كحمراء فقال احدهما سوداء لم يقطع اجماعا كما فى الفتح وقال الزيلعى لا تقبل شهادتهما بالاجماع انتهى وهو اولى لافادته عدم القطع وعدم ثبوت المسروق اهـ وقيل هذا فى لونين متشابهين كالسواد والحمرة واما فى لونين غير متشابهين كالسواد والبياض فلا تقبل الشهادة والاصح ان الكل على الخلاف ذكره الزيلعى (**قوله** والتوفيق ممكن) فان قيل فى التوفيق احتيال لايجاب الحد وهو يحتال لدرئه لا لايجابه قلنا القطع لا يضاف الى اثبات الوصف لانهما لم يكلفا نقله وما يوجب الدرء يكون فى نفس الموجب لا فى غيره كذا فى التبيين

فلايشتغل بالتوفيق (و) بخلاف (الغصب)لانه يقع فى النهار غالبا فيتمكن الشاهد من القرب من الغاصب فيتأمل فى جميع الوان المغصوب فلايشتغل بالتوفيق (ملك المورث لايقضى لوارثه بلاجر الشاهدين) وبين معنى الجر بقوله (بقولهما مات وتركه ميراثا اوودا ملكه اوفى يده) اعلم انهم اختلفوا فى ان الشهادة بالميراث هل تحتاج الى الجر والنقل وهو ان يقول ماذكر فى المتن اولا قال ابوحنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى لابد منه خلافا لابى يوسف وهو يقول ان ملك المورث ملك الوارث لكون الوراثة خلافة ولهاير دبالعيب ويرد عليه به فصارت الشهادة بالملك للمورث شهادة به للوارث وهمايقولان ملك الوارث يتجدد فى حق العين ولهذا يجب عليه الاستبراء فى الجارية المورثة ويحل للوارث الغنى ما كان صدقة على المورث الفقير والمتجدد يحتاج الى النقل لئلا يكون استصحاب الحال مثبتا لكن يكتفى بالشهادة على قيام ملك المورث وقت الموت لثبوت الانتقال حينئذ ضرورة و كذا الشهادة على قيام يده لان الايدى عند الموت تنقلب يد ملك بواسطة الضمان اذ الظاهر من حال المسلم فى ذلك الوقت ان يسوى اسبابه ويبين ماكان بيده من المغصوب والودائع فاذا لم يبين فالظاهر من حاله انما فى يده ملكه فجعل اليد عند الموت دليل الملك (كذا) اى كالجر فى افادة فائدته (قولهما) اى الشاهدين (كان) اى مابيده هذا الوارث (لابيه اعاره او اودعه او آجره ذا اليد)يعنى اذا مات رجل فأقام وارثه بينة على دار انها كانت لابيه اعارها او اودعها الذى هى فى يده فانه يأخذها ولا يكلف البينة انه مات وتركها ميراثاله بالاتفاق اماعندابى يوسف فلانه لايوجب الجر فى الشهادة واما عندهما فلان قيام اليد عند الموت يغنى عن الجر وقد وجدت لان يد المستعير والمودع يد المعير والمودع (شهدا بيدحى منذ كذا ردت) يعنى اذا كانت دار فى يد رجل فادعى آخر انها واقام بينة انها كانت فى يده منذ شهر اوسنة لم تقبل وعن ابى يوسف انها تقبل لان الثابت بالبينة كالثابت باقرار الخصم ولواقر المدعى عليه به دفعت الى المدعى اتفاقا ولهما ان هذه شهادة قامت على مجهول وهواليد فانها الآن منقطعة ويحتمل انها كانت يد ملك او وديعة اواجارة اوغصب فلايحكم باعادتها بالشك (الاان يقولا) اى الشاهدان (وانه) اى المدعى عليه (احدث اليد فيه فيقتضى له) اى للمدعى (باليد ويؤمر) اى المدعى عليه (بالتسليم اليه) اى المدعى (لكن لايصير) اى المدعى عليه (به) اى بزوال اليد عنه (مقضيا عليه حتى لو برهن) اى المدعى عليه (بعده على انه ملكه تقبل) كذا فى العمادية (وان اقر المدعى عليه به) اى بكونه فى يد المدعى (اوشهدا انه) اى المدعى عليه (اقربيد المدعى) اى بانه كان فى يده (او) اقر (بملكه او) شهدا (انه) اى المدعى عليه (اخذه من يده) اى المدعى (دفع الى المدعى) كذا فى الكافى

﴿ باب الشهادة على الشهادة ﴾

اعلم ان جوازها استحسان والقياس لايقتضيه لان اداءها عبادة بدنية لزمت الاصل لاحق للمشهود له لعدم الاجبار والانابة لاتجرى فى العبادات البدنية

(لكنهم)

﴿ باب الشهادة على الشهادة ﴾

(قوله لكن فيها شبهة البدلية) يخالفه قول الزيلعي ان فيها حقيقة البدلية اذ قال وتقبل الشهادة على الشهادة فيما لايسقط بالشبهة احترازا عن الحدود والقصاص لانهما يسقطان بالشبهة وفيها شبهة على ماذكرنا فلايثبتان بها كما لايثبتان بشهادة النساء لما فيها من شبهة البدلية بل أولى لان في الشهادة على الشهادة حقيقة البدلية اه ومثله في الكافي ثم قال الزيلعي ولايقال لوكان الفرع ﴿ ٣٨٩ ﴾ بدلا لما جاز أن يشهدا مع أحد الاثنين اذ لايجوز الجمع بين البدل والمبدل لانا نقول لم يجمع بينهما لان الفرعين ليسا بدلا عن الذي شهد معهما بل عن الذي لم يحضر انتهى (قوله والثاني ارفق) وبه أخذ الفقيه ابو الليث رحمه الله تعالى قال الكمال وفي الذخيرة كثير من المشايخ اخذوا بهذه الرواية وبه اخذ الفقيه ابو الليث وذكره محمد في السير الكبير وعن محمد يجوز الشهادة كيف ما كان حتى روى انه اذا كان الاصل في زاوية المسجد فشهد الفرع في زاوية أخرى تقبل وقال الامام السرخسي وغيره يجب ان يجوز على قولهما خلافا لابي يوسف رحمه الله تعالى بناء على جواز التوكيل بالخصومة عندهما بلا رضا الخصم وعنده لا الا برضاه والاقطع صرح به عنهما فقال وقال ابو يوسف ومحمد تقبل وان كانوا في المصر اه (قوله وبشرط شهادة عدد كل اصل) المراد بالعدد رجلان او رجل وامرأتان على شهادة الاصل ولو كان امرأة كما في الفتح (قوله ويقول الفرع اشهد الخ) مشى المصنف على ماقاله صاحب الهداية اذ هو الوسط وخير الامور اوساطها وان حكى اختيار غيره اه وقال الكمال بعد حكاية اختيار الفقيه الآتي ذكره كلام صاحب الهداية يقتضي ترجيح كلام القدوري المشتمل على خمس شينات حيث حكاه وذكر ان ثم اطول منه واقصر ثم قال وخير الامور أوساطها وذكر أبو نصر البغدادي شارح القدوري ان ماذكره صاحب الكتاب يعني القدوري اولى واحوط (قوله واقصر منه الخ) من الاقل ست شينات وأربع شينات كما في التبيين وثلاث شينات كما في الفتح (قوله وهو اختيار الفقيه واستاذه أبي جعفر) زاد الزيلعي شمس الائمة السرخسي رحمه الله تعالى وهو أسهل وأيسر وأقصر وروى أن أبا جعفر كان يخالفه فيه علماء عصره فأخرج لهم الرواية من السير فانقادوا له اه (قوله كأحد) أي كما يصح تعديل أحد الشاهدين للآخر قال الزيلعي وقيل لايقبل تعديل صاحبه للتهمة والاول أصح لان العدل لايتهم بمثله اه

لكنهم استحسنوا جوازها في كل حق لايسقط بشبهة لشدة الحاجة اليها لان الاصل قد يعجز عن أدائها لموته أو سفره ونحو ذلك فلو لم تجز لادى الى ضياع كثير من الحقوق ولهذا جوزت وان كثرت أعني الشهادة على شهادة الفروع ثم وثم لكن فيها شبهة البدلية لان البدل مالايصار اليه الا عند العجز عن الاصل وهذه كذلك ولهذا لاتقبل فيما يسقط بالشبهات كشهادة النساء مع الرجال (وتقبل فيما لايسقط بشبهة بشرط تعذر حضور الاصل) أي أصل الشاهد على القضية (بموت أو مرض) أي يكون مريضا مرضا لايستطيع به حضور مجلس الحاكم (او سفر) أي يكون غائبا مسيرة ثلاثة أيام فصاعدا فان جوازها للحاجة وانما تمس عند عجز الاصل وبهذه الاشياء يتحقق العجز بلا مرية وعن أبي يوسف أنه ان كان في مكان لو غدا الى اداء الشهادة لايقدر ان يبيت بأهله صح الاشهاد احياء لحقوق الناس قالوا الاول أحسن والثاني أرفق وبه أخذ الفقيه أبو الليث (و) بشرط (شهادة عدد عن كل أصل) لقول علي رضي الله عنه لايجوز على شهادة رجل الا شهادة رجلين (وان لم يتغاير فرعاهما) يعني لايجب أن يكون لكل شاهد شاهدان متغايران بل يكفي شهادة شاهدين عن كل أصل ثم بين كيفية الشهادة على الشهادة بقوله (بان يقول الاصل) مخاطبا للفرع (اشهد على شهادتي اني أشهد بكذا) اي بأن فلان بن فلان الفلاني اقر عندي بكذا مثلا (و) يقول (الفرع أشهد ان فلانا اشهدني على شهادته بكذا وقال) أي فلان (اشهد على شهادتي بذلك) اذ لابد من شهادة الفرع وذكر شهادة الاصل وذكر التحمل والعبارة المذكورة تفي بذلك كله وهي وسطى العبارات ولها عند الاداء لفظ أطول من هذا وهو ان يقول الفرع عند القاضي اشهد ان فلانا شهد عندي ان لفلان على فلان كذا من المال واشهدني على شهادته فأمرني ان اشهد على شهادته وانا اشهد على شهادته بذلك الآن فذلك ثمان شينات والمذكور اولا خمس شينات واقصر منه وهو ان يقول الفرع عند القاضي اشهد على شهادة فلان بكذا وفيه شينان ولايحتاج الى زيادة شيء وهو اختيار الفقيه أبي الليث واستاذه أبي جعفر كذا في العناية (صح تعديل الفرع للاصل) لانه أن كان عدلا صلح للتزكية والالم يصلح للشهادة لايقال هو متهم لان شهادة نفسه لاتصح الا بتعديله لانا نقول العدل لايتهم بمثله كما لايتهم في شهادة بنفسه مع احتمال انه انما يشهد ليصير مقبول القول (كاحد) أي كما يصح تعديل احد (الشاهدين للآخر) لما ذكرنا انه ان كان

قوله وان سكت صح نقلها وعدلوا) هذا قول ابي يوسف وقال محمد لا تقبل هكذا ذكر الخلاف الناصحي وصاحب الهداية وذكر شمس الائمة فيما اذا قال الفروع حين سألهم عن عدالة الاصول لا نخبرك بشيء لم تقبل شهادتهم أي الفروع في ظاهر الرواية وروى عن محمد انه لا يكون جرحا وعن ابي يوسف مثل هذه الرواية عن محمد انها تقبل ﴿ ٣٩٠ ﴾ ويسأل وغيرهما او قالا لا نعرف عدالتهما

عدلا الى آخره (وان سكت) اي الفرع عن تعديل الاصل (صح نقلها) اي نقل شهادة الاصل وان كان مستورا كذا في المحيط (وعدلوا) اي يتعرف القاضي الذي يسمع شهادة الفروع عدالة الاصول ممن هو اهل للتزكية كما اذا حضروا وشهدوا فان ثبت عدالتهم حكم والا فلا (انكر الاصل شهادته بطل شهادة الفرع) قال في الكافي معنى المسئلة انهم قالوا ما لنا شهادة على هذه الحادثة وماتوا او غابوا ثم جاء الفروع يشهدون على شهادتهم بهذه الحادثة اما مع حضرتهم فلا يلتفت الى شهادة الفروع وان لم ينكروا وهذا لان التحميل شرط وقد فات للتعارض بين الخبرين يعني خبر الاصل وخبر الفرع وقال الزيلعي معناه اذا قال شهود الاصل لم نشهدهم على شهادتنا فماتوا او غابوا ثم جاء الفروع وشهدوا عند الحاكم لم تقبل شهادتهم لان التحميل شرط ولم يثبت للتعارض بين خبر الاصول وخبر الفروع لان الاصول يحتمل ان يكونوا صادقين فلا يثبت التحميل مع الاحتمال اقول قد وقعت العبارة في الهداية وشروحه وسائر المعتبرات هكذا وان انكر شهود الاصل الشهادة موافقة لما في الكافي ولا يخفى على احد مغايرة الاشهاد للشهادة فكيف يصح تفسيرها به ولعل منشأ غلطه قولهم لان التحميل لم يثبت للتعارض فان معنى التحميل هو الاشهاد وخفي عليه ان التحميل لا يثبت ايضا اذا انكر اصل الشهادة بل هذا ابلغ من انكار الاشهاد لانه كناية وهي ابلغ من الصريح (شهدا عن اثنين على فلانة بنت فلان الفلانية وقالا اخبرانا بمعرفتها وجاء المدعي بامرأة لم يعرفا انها هي قيل) اي للمدعي (هات شاهدين انها هي) لان التعريف بالنسبة قد تحقق بشهادتهما والمدعي يدعي ان تلك النسبة للحاضرة ويحتمل ان تكون لغيرها فلا بد من اثباتها للحاضرة فهذا من قبيل ما مر من شهادة قاصرة يتمها غيره (كذا الكتاب الحكمي) يعني ان القاضي اذا كتب الى قاض آخر ان فلانا وفلانا شهدا عندي بكذا من المال على فلانة بنت فلان الفلانية واحضر المدعي امرأة عند القاضي المكتوب اليه وانكرت المرأة ان تكون هي المنسوبة بتلك النسبة فلا بد من شاهدين آخرين يشهدان لها هي المنسوبة بتلك النسبة (ولو قالا) اي الشاهدان (فيهما) اي في المسئلتين المذكورتين لبيان النسبة (التميمية لم يجز حتى ينسباها الى فخذها) بسكون الخاء القبيلة الخاصة (او جدها) اذ لا بد من التعريف وهو لا يحصل بالنسبة العامة والنسبة الى بني تميم عامة اذ لا يحصى عددهم بخلاف النسبة الى الفخذ لانها خاصة حتى ان ذكره يقوم مقام ذكر الجد لانه اسم الجد الاعلى فقام مقام الجد الادنى (اشهد) اي الاصل (على شهادته ثم نهاه) اي الفرع (عنها)

ولا عدمها فكذا الجواب فيما ذكره ابو علي السندي وذكر الحلواني انها تقبل ويسئل عن الاصول وهو الصحيح لان الاصل بقي مستورا فيسئل عنه اه (**قوله** قال الزيلعي الخ) قال الفاضل المرحوم جوى زاده اقول لم يرد الزيلعي تفسير لفظ الشهادة بالاشهاد بل اراد ان مدار بطلان شهادة الفرع على انكار الاصل للاشهاد حتى يبطل ولو قال لي شهادة على هذه الحادثة لكن لم اشهد والمذكور في المتن تصوير المسئلة في صورة من صورتي انكار الاشهاد وهي صورة انكار الشهادة رأسا اذ لا شك في فوات الاشهاد في هذه الصورة ايضا وانه ليس المراد بما في المتن حصر البطلان بصورة انكار الشهادة ولم يخف عليه ان التحميل لا يثبت ايضا مع انكار اصل الشهادة وانما يكون خافيا عليه لو توهم عدم بطلان شهادة الفرع حينئذ وحاشاه من ذلك واذ قد عرفت ان البطلان يعم صورة انكار الشهادة رأسا وصورة الاقرار بها وانكار الاشهاد تحققت ان كون التركيب ابلغ في الانكار غير مراد اه ما قاله الفاضل وصورة انكار الشهادة ما قاله في الجوهرة وان انكر شهود الاصل الشهادة لم تقبل شهادة الفروع بان قالوا ليس لنا شهادة في هذه الحادثة وغابوا او ماتوا ثم جاء الفروع يشهدون على شهادتهم في هذه الحادثة او قالوا لم نشهد الفروع على شهادتنا فان شهادة الفروع لم تقبل لان التحميل لم يثبت وهو شرط اه (**قوله** وانكرت المرأة ان تكون هي المنسوبة بتلك النسبة) كذا قاله الزيلعي اه والامر (اي) لا يختص بانكارها بل لو اقرت ينبغي ان يكون الحكم كذلك بل العبرة لمعرفة الشهود اياها حتى اذا لم يعرفاها يكلف المدعي اثبات انها هي لاحتمال التواطؤ (**قوله** حتى ينسباها الى فخذها) ذكر المصنف رحمه الله تعالى بيان الفخذ في باب الوصية وذكر الزيلعي والكمال بيان الفخذ والشعب والعمارة والقبيلة ثم قال الكمال والاوجه في شرط التعريف ذكر ثلاثة اشياء غير انهم اختلفوا

اى عن الشهادة على شهادته (لم يصح) اى نهيه (كافران شهدا على شهادة مسلمين لكافر على كافر لم تقبل كذا شهادتهما على القضاء لكافر على كافر وتقبل شهادة رجل على شهادة ابيه وعلى قضاء ابيه فى الصحيح) هذه المسائل الاربع من الخانية (من ظهر انه شهد زورا) بان اقر على نفسه انه شهد زورا او شهد بقتل رجل او موته فجاء حيا او شهد برؤية الهلال فمضى ثلاثون يوما وليس بالسماء علة ولم ير الهلال ونحو ذلك (عزر بالتشهير) قال فى الكافى اعلم ان شاهد الزور يعزر اجماعا اتصل القضاء بشهادته اولا لانه ارتكب كبيرة اتصل ضررها بالمسلمين وليس فيها حد مقدر فيعزر زجرا له وتنكيلا الا انهم اختلفوا فى كيفيته فقال ابو حنيفة تعزيره تشهيره فقط وقالا يضرب ويحبس وهو قول الشافعى لانه روى عن عمر رضى الله تعالى عنه انه ضرب شاهد الزور اربعين سوطا وسخم وجهه وله ان شريحا كان يشهره ولا يضربه فيبعثه الى سوقه ان كان سوقيا او الى قومه ان كان غير سوقى بعد العصر فى اجمع ما كانوا ويقول انا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه وحذروه الناس وشريح كان قاضيا فى زمن الصحابة ومثل هذا التشهير لا يخفى على الصحابة رضى الله تعالى عنهم ولم ينكر عليه احد منهم فحل محل الاجماع

باب الرجوع عنها

هو ان يقول كنت مبطلا فيها) اى الشهادة (ونحوه) كان يقول رجعت عما شهدت به او شهدت بزور فيما شهدت (فلا يكون انكارها رجوعا) لان الرجوع عنها يقتضى سبق وجوده (لا يصح) اى الرجوع عنها (الا عند القاضى) سواء كان هو الاول او غيره لان الرجوع عنها توبة والتوبة على حسب الجناية فالسر بالسر والاعلان بالاعلان وشهادة الزور جناية فى مجلس الحكم فالتوبة عنها تتقيد به واذا لم يصح الرجوع فى غير مجلس القاضى فاذا ادعى المشهود عليه رجوعهما واقام عليه بينة او عجز عنها واراد تحليف الشاهد لم يقبل القاضى بينة عليهما ولا يحلفهما لان البينة واليمين يترتبان على دعوى صحيحة ودعوى الرجوع فى غير مجلس القاضى باطلة حتى لو اقام البينة انه رجع عند القاضى فلان وضمنه المال

فى اللقب مع الاسم هل هما واحد اولا اه (قوله كافران شهدا على شهادة مسلمين الخ) لعل وجه عدم القبول لما فيه من ثبوت ولاية الكافر على المسلم اه ولم يعلله قاضيخان (قوله قال فى الكافى اعلم ان شاهد الزور يعزر اجماعا) ليس على اطلاقه لما قال الكمال اعلم انه قد قيل ان المسئلة على ثلاثة اوجه ان رجع على سبيل الاصرار مثل ان يقول ثم شهدت فى هذه بالزور ولا ارجع مثل عن ذلك فانه يعزر بالضرب بالاتفاق وان رجع على سبيل التوبة لا يعزر اتفاقا وان كان لا يعرف حاله فعلى الاختلاف المذكور وقيل لا خلاف بينهم بجواب ابى حنيفة رحمه الله تعالى فى التائب لان المقصود من التعزير الانزجار وقد انزجر بداعى الله تعالى وجوابهما فيمن لم يتب ولا يخالف فيه ابو حنيفة رضى الله عنه وفى البرهان يرجع فى ظهور توبة شاهد الزور الى رأى القاضى فى الصحيح ذكره ولها اوردها اليه فيكون تعرف حاله فى التوبة اليه وعند بعض المشايخ يقدر بعام وعند آخرين بنصف عام لان بمضى الزمان يتغير حال الانسان (قوله وسخم وجهه) بالخاء المعجمة يقال سخم وجهه اذا سوده من السخام وهو سواد القدور وقد جاء بالحاء المهملة من الاسحم وهو الاسود وفى المغنى ولا يسخم وجهه بالخاء والحاء كما فى الفتح (قوله وله ان شريحا الخ) هو من تمام عبارة الكافى فكان هذا منه احتجاجا باجماع الصحابة لا بتقليد شريح لانه لا يرى تقليد التابعى انتهى

باب الرجوع عن الشهادة

(قوله لا يصح الرجوع الا عند القاضى سواء كان هو الاول او غيره لان الرجوع عنها توبة الخ) كذا جعل غير المصنف هذا وجها لصحة الرجوع باعتبار كون التوبة بحسب الجناية وجنايته فى مجلس القاضى فتختص التوبة بمحله ولما ان كانت الملازمة غير لازمة بينوا له ملازمة شرعية بحديث معاذ رضى الله عنه حين بعثه النبى صلى الله عليه وسلم الى اليمن فقال اوصنى فقال عليك بتقوى الله ما استطعت الى ان قال اذا عملت سوءا فاحدث توبة السر بالسر والعلانية بالعلانية اه كما فى الفتح ثم قال الكمال وانت تعلم ان العلانية لا تتوقف على الاعلام على محل الذنب بخصوصه مع ان ذلك لا يمكن بل فى مثله ما فيه علانية وهو اذا اظهر للناس الرجوع واشهدهم عليه وبلغ ذلك القاضى بالبينة عليه كيف لا يكون معلنا والله اعلم (قوله حتى لو اقام البينة انه رجع عند قاضى فلان وضمنه المال قبلت بينته) قيد الطلاق منه بهذا القيد وهو تضمين القاضى من رجع عنده المال كما اشار اليه صاحب الهداية وبه صرح فى الفتاوى الصغرى حيث قال ولو شهد عند قاض ورجع عند قاض آخر يصح ويجب الضمان عليه لكن اذا قضى عليه هذا القاضى بالضمان كما لو رجع عند الذى شهد عنده انما يجب عليه الضمان اذا قضى عليه القاضى بالضمان فى شرح خواهر زاده فكان استاذنا فخر الدين يستبعد توقف صحة الرجوع على القضاء

قبلت بينته لهذا السبب (وحكمه بعد القضاء وقبض المال التعزير والتضمين) اما التعزير فلامر واما التضمين اى تضمين ما اتلفاه بشهادتهما فلاقرارهما على نفسهما بسبب الضمان وهو الشهادة الباطلة والتناقض لا يمنع حكم اقراره على نفسه وانما قال وقبض المال لان القاضى اذا قضى ولم يقبض المدعى ما ادعاه لا يجب الضمان لعدم الاتلاف (ولم ينقض) اى القضاء لانه كما لا يتحقق بالكلام المتناقض لا ينتقض بالكلام المتناقض (و) حكمه (قبله) اى قبل القضاء (التعزير) فقط وقدمر (العبرة) فى حق الضمان (للباقى لا الراجع) هذا هو الاصل وقد فرع عليه بقوله (فان رجع احدهما ضمن النصف) اذ بشهادة كل منهما يقوم نصف الحجة فيبقاء احدهما على الشهادة تبقى الحجة فى النصف فيجب على الراجع ضمان مالم تبق الحجة فيه وهو النصف ويجوز ان لا يثبت الحكم ابتداء ببعض العلة ثم يبقى ببقاء بعض العلة كابتداء الحول لا ينعقد على بعض النصاب ويبقى منعقدا ببقاء بعض النصاب (وان رجع احد الثلاثة لم يضمن) اى الراجع اذ بقى من يبقى بشهادته كل الحق (وان رجع آخر ضمنا) اى الراجعان (النصف) اذ بقى على الشهادة من يبقى به النصف المال (وان رجعت امرأة من رجل وامرأتين ضمنت الربع) اذ بقى على الشهادة من يبقى به ثلاثة الارباع (وان رجعتا ضمنتا النصف) لبقاء من يبقى به النصف (وان رجعت ثمان من رجل وعشرة نسوة فلا ضمان) لبقاء من يبقى بشهادته كل المال وهو رجل وامرأتان (فان رجعت اخرى ضمنت التسع الربع لبقاء من يبقى به ثلاثة ارباع الحق) اذ النصف يبقى بالرجل والربع بالباقية (وان رجع الكل) اى الرجل والنساء (فعليه السدس عنده والنصف عندهما وما بقى) وهو خمسة الاسداس فى الاولى والنصف فى الثانية (عليهن على القولين) لهما ان النساء وان كثرن فى الشهادة لم يقمن الا مقام رجل واحد ولهذا لا تقبل شهادتهن الا بانضمام رجل وكان الثابت بشهادته نصف المال وبشهادتهن نصفه وله ان كل امرأتين تقومان مقام رجل واحد فعشر نسوة كخمسة من الرجال فصار كما لو شهد به ستة رجال ثم رجعوا فان الضمان عليهم يكون اسداسا (وان رجعن) اى النسوة العشر (فقط) وبقى رجل (فالنصف وفاقا) اما عندهما

بالرجوع او بالضمان وقال الكمال نقل ما اشار اليه فى الهداية عن شيخ الاسلام واستبعد بعضهم من المحققين توقف صحة الرجوع على القضاء بالرجوع او بالضمان وترك بعض المتأخرين من مصنفى الفتاوى هذا القيد وذكر انه انما تركه تعويلا على هذا الاستبعاد اه وفى كلام المصنف اشارة الى عدم قبول دعوى الرجوع مطلقا عن المجلس وبه صرح فى الصغرى عن المبسوط (قوله وانما قال وقبض المال لان القاضى اذا قضى ولم يقبض المدعى ما ادعاه لا يجب الضمان لعدم الاتلاف) كذا قاله فى الكنز وهو اختيار شمس الائمة السرخسى وقال شيخ الاسلام ان كان ﴿ ٣٩٢ ﴾ المشهود به دينا فكذلك وان كان عينا يجب على الشهود الضمان وان لم يقبض المشهود له كذا فى التبيين والفتح ثم قال الكمال قال البزازى رحمه الله تعالى فى فتاواه والذى عليه الفتوى الضمان بعد القضاء بالشهادة قبض المدعى المال اولا وكذا العقار يضمن بعد الرجوع اذا اتصل القضاء بالشهادة اه (قوله وحكمه قبله) اى قبل القضاء التعزير فقط يعنى لا التضمين وقال الكمال قالوا يعزر الشهود سواء رجعوا قبل القضاء او بعده ولا يخلو من نظر لان الرجوع ظاهر فى انه توبة عن تعمد الزور ان تعمده او التهور والعجلة ان كان اخطأ فيه ولا تعزير على التوبة ولا على ذنب ارتفع بها وليس فيه حد مقدر اه وقدمنا عنه ما قاله من التفصيل وهو اولى من هذا (قوله وما بقى) وهو خمسة الاسداس فى الاولى والنصف فى الثانية عليهن على القولين المراد بقوله فى الاولى اى على قول ابى حنيفة وبالنصف فى الثانية اى على قولهما والمراد بقوله عليهن على القولين ان ما بقى فهو عليهن موزعا على القولين اى قول ابى حنيفة وقولهما فعلى قول ابى حنيفة عليهن خمسة اسداس كانهن خمسة رجال وعلى قولهما عليهن نصف لما ذكر المصنف من التعليل لهما ولا يخفى ما فى هذا التركيب على الماهر اللبيب (قوله وان رجعن فقط فالنصف وفاقا) كذا عكسه ذكره الزيلعى ثم قال (فظاهر) وفى المحيط ان الرجل رجع وثمان نسوة فعلى الرجل نصف الحق ولا شىء على النسوة لانهن وان كثرن يقمن مقام رجل واحد وقد بقى من النساء من يثبت بشهادتهن نصف الحق فيجعل الراجعات كانهن لم يشهدن وهذا سهو بل يجب ان يكون النصف اخماسا عنده وعندهما انصافا وذكر الاسبيجابى انه لو رجع رجل وامرأة كان النصف بينهما اثلاثا ولو كان كما قال لما وجب على المرأة شىء اه • قلت الذى يظهر لى من كلامه ان ما ذكره صاحب المحيط على قول الصاحبين ولذا علل بما لم يعلل به الامام بل بما علل به اذ ما علل به الامام كما ذكره ان كل امرأتين يقومان مقام رجل واحد ثم قال وعدم الاعتداد بكثرتهن عند انفرادهن لا يلزم منه

عدم الاعتداد بكثرتهن عند الاجتماع مع الرجال كما فى الميراث اه وليس فى كلام الصاحبين مايفيد انه مع قيامهن مقام رجل يقسم عليهن ماثبت بشهادتهن فى حق من رجع منهن فيغرمن بقدره وقد بقى منهن من يثبت به نصف الحق لما ذكره الزيلعى بعد هذا بقوله ولو شهد رجل وثلاث نسوة ثم رجعوا فعندهما على الرجل النصف وعلى النسوة النصف وعنده عليه الخمسان وعليهن ثلاثة الاخماس على الاصل الذى تقدم ولو رجع الرجل وامرأة فعليه النصف كله عندهما ولا يجب على المرأة شئ وعنده عليه وعلى الراجعة اثلاثا على ماتقدم اه ومثله فى الفتح اه على انا لو سلمنا الانقسام عليهن عند الرجوع فالذى يظهر من تعليل قولهما ان الانقسام عليهن بحسب عددهن فعليهن اربعة اخماس النصف وعلى الرجل ﴿ ٣٩٣ ﴾ نصف كامل وبقى خمس نصف المال ببقاء المرأتين والجواب عما ذكره عن الاسبيجابى انه مشى على قول الامام لا على قولهما فليتأمل (**قوله** وضمن رجلان شهدا مع امرأة فرجعوا) الفرق بين هذه وبين المسئلة التى ذكرناها عن الزيلعى والكمال وهى لو شهد رجل وثلاث نسوة فرجعوا اضمنوا ان الحكم لم يضف الى المرأة هنا لعدم اعتبارها منفردة مع الرجلين بخلافها مع امرأتين ورجل لاضافته الى جميعهن (**قوله** الاصل ان المشهود به ان لم يكن مالا بان كان قصاصا) ذكره الزيلعى وسيأتى ان القصاص اذا شهدا به ثم رجعا يجب عليهما الدية فيجب تأويل قوله بان كان قصاصا بالعفو عن القصاص يعنى انهما اذا شهدا بالعفو عن القصاص فرجعا لا يضمنان لان القصاص ليس بمال (**قوله** الا مازاد على مهر مثلها) يعنى فيما اذا كانت هى المدعية كما يشير اليه كلامه وتفريع هذه المسئلة فى التبيين والفتح والكافى (**قوله** ولا يضمن فى البيع الا مانقص من قيمة المبيع الخ) كذا قاله الكمال ثم قال هذا اذا شهدا بالبيع ولم يشهدا بنقد الثمن فلو شهدا به وبنقد الثمن الخ ثم رجعا فاما ان ينظماهما فى شهادة واحدة بان يشهدا انه باعه هذا بالف واوفاه الثمن او فى شهادتين بان شهدا بالبيع فقط ثم شهدا بان المشترى وفاه الثمن ففى الاول يقضى عليهما بقيمة (درر ٥٠ نى) المبيع لا بالثمن وفى الثانى يقضى عليهما بالثمن للبائع وذكر الفرق ولا فرق بين ان تكون الشهادة ببيع بات او بخيار للبائع ولو ان المشهود عليه بالشراء اخذه فى المدة سقط الضمان عنهما لانه اتلف ماله باختيار كما لو اجازه البائع فى شهادتهما بالخيار له بثمن ناقص عن القيمة (**قوله** ولا فى الطلاق قبل الوطء الا نصف مهرها) هذا اذا سمى مهرا فى العقد فان لم يكن ضمنا المنفعة وماذكر من الخلاف فى هذه لا يعول عليه كما فى الفتح

فظاهر لان الثابت بشهادتهن نصف المال وكذا عنده اذ بقى من بقى به نصف المال فصار كما لو شهد ستة رجال ثم رجع خمسة (وضمن رجلان شهدا مع امرأة فرجعوا) اى الكل لان المرأة الواحدة ليست بشاهدة اذ المرأتان كشاهد واحد فكانت الواحدة بعض الشاهد فكان القضاء مستندا الى شهادة رجلين بلا امرأة (ولا يضمن راجع فى النكاح بمهر مسمى مطلقا) اى سواء شهدا عليها او عليه الاصل ان المشهود به ان لم يكن مالا بان كان قصاصا او نكاحا او نحوهما لم يضمن الشهود عندنا خلافا للشافعى وان كان مالا فان كان الاتلاف بعوض يعادله فلا ضمان على الشاهد لان الاتلاف بعوض كلا اتلاف وان كان بعوض لا يعادله فبقدر العوض لا ضمان بل فيما وراءه وان كان الاتلاف بلا عوض اصلا وجب ضمان الكل اذا تقرر هذا فنقول اذا ادعى رجل على امرأة نكاحا وهى جاحدة واقام عليه بينة بقضى بالنكاح ثم رجعا عن شهادتهما لم يضمنا لها شيأ سواء كان المسمى مهر مثلها او اقل او اكثر لانهما وان اتلفا عليها البضع بعوض لا يعدله ولكن البضع لا يتقوم على التالف وانما يتقوم على المتملك ضرورة التملك فان ضمان الاتلاف يقدر بالمثل ولا مماثلة بين البضع والمال واما عند دخوله فى ملك الزوج فقد صار متقوما اظهارا لخطره (الا مازاد على مهر مثلها) يعنى ان كان مهر مثلها مثل المسمى او اكثر لم يضمنا شيأ لانهما اوجبا المهر عليه بعوض يعدله او يزيد عليه وهو البضع لانه عند الدخول فى ملك الزوج متقوم وقد بينا ان الاتلاف بعوض يعدله لا يوجب الضمان وان كان مهر مثلها اقل من المسمى ضمنا الزيادة للزوج لانهما اتلفا عليه قدر الزيادة بلا عوض (ولا) يضمن ايضا (راجع فى البيع الا مانقص من قيمة المبيع ان ادعى المشترى) بان يقول اشتريت هذا العبد من هذا الرجل بالف وهو يساوى الفين فانكر المدعى عليه فشهد شاهدان ثم رجعا يضمنان الفا للبائع لانهما اتلفاه عليه (ولا) يضمن ايضا (راجع فى البيع الا مازاد على القيمة من الثمن ان ادعى البائع) بان يقول ان المشترى اشترى منى هذا العبد بكذا وعليه الثمن وانكر المشترى فشهد شاهدان انه اشترى العبد بالفين وهو يساوى الفا ثم رجعا يضمنان للمشترى الفا لانهما اتلفاه عليه (ولا) يضمن (فى الطلاق قبل الوطء الا نصف مهرها) يعنى اذا شهدا بالطلاق قبل الوطء ثم رجعا

(قوله بخلاف ما اذا شهدا بالطلاق بعد الدخول الخ) كذا ذكر الكمال انه لا يجب ضمان لعدم تقوم البضع حالة الخروج ثم قال وفى التحفة لم يضمنا الا ما زاد على مهر المثل لان بقدر مهر المثل اتلاف بعوض وهو منافع البضع التى استوفاها اه (قوله وضمن فى العتق القيمة سواء كان موسرين او معسرين لانه ضمان اتلاف والولاء للمولى ولو شهدا

بالتدبير وقضى به ضمنا ما بين قيمته مدبرا وغير مدبر وان مات المولى بعد رجوعهما فعتق من ثلث تركته كان عليهما بقية قيمته عبدا للورثة ولو شهدا بالكتابة ضمنا تمام القيمة ولو شهدا على اقراره باستيلادها ضمنا نقصان قيمتها تقوم امة وام ولد لو جاز بيعها مع الامومة فيضمنان ما بين ذلك فان مات المولى بعد ذلك فعتقت كان عليهما بقية قيمتها امة للورثة كما فى الفتح (قوله يعنى اذا شهدا على عتق عبد ثم رجع ضمن قيمة العبد) لعله ثم رجعا ضمنا قيمة العبد (قوله كما ضمن به اى بالرجوع شاهدا اليمين لا الشرط الخ) كذا فى الكافى ثم قال ولو رجع شهود الشرط وحدهم يضمنون عند البعض لان الشرط اذا سلم عن معارضة العلة صلح علة لان العلل لم تجعل عللا بذواتها فاستقام ان يخلفها الشرط والصحيح ان شهود الشرط لا يضمنون بحال نص عليه فى الزيادات والى هذا مال شمس الائمة السرخسى والى الاول فخر الاسلام البزدوى ولو شهدا بالتفويض وآخران بانها طلقت او اعتق فالتفويض كالشرط انتهى وقال فى البرهان او رجع شهود الشرط فقط نفينا الضمان عنهم فى الاصح نص عليه فى الزيادات واليه مال شمس الائمة السرخسى واوجبه زفر عليهم واليه مال فخر الاسلام قال فى المبسوط ظن بعض مشايخنا انهما يضمنان فى هذا الفصل وقالوا ان العلة لا تصلح لاضافة الحكم اليها ههنا فانها تتعدى

يضمنان نصف المهر بخلاف ما اذا شهدا بالطلاق بعد الدخول لان المهر تأكد بالدخول فلا اتلاف (وضمن فى العتق القيمة) يعنى اذا شهدا على عتق عبد ثم رجع ضمن قيمة العبد (و) ضمن (فى القصاص الدية) يعنى اذا شهدا ان زيدا قتل بكرا فاقتص زيد ثم رجعا تجب الدية عندنا لا القصاص لانه جزاء مباشرة القتل ولم يوجد منهما ذلك وعند الشافعى يقتص (و) ضمن (الفرع برجوعه) لان الحكم اضيف الى اداء شهادته فى مجلس القضاء فكان التلف مضافا اليه فيضمن (لا بقوله بعد الحكم كذب شهود الاصل او غلطوا فى شهادتهم) لانهم لم يرجعوا عن شهادتهم بل شهدوا على غيرهم بالرجوع ولا يلتفت الى قولهم لان القضاء الممضى لا ينتقض بقولهم كما لا ينتقض برجوعهم كذا فى الكافى (ولا الاصل بقوله ما اشهدته) يعنى ان الاصول اذا رجعوا بعد الحكم وقالوا لم نشهد شهود الفرع على شهادتنا لم يضمنوا اذ لم يوجد من جهتهم سبب موجب للضمان لانكارهم سبب الاتلاف وهو الاشهاد على شهادتهم ولا يبطل القضاء للتعارض بين الخبرين فصار كرجوع الشاهد بخلاف ما قبل القضاء لانهم انكروا التحميل ولا بد منه (او) بقوله (اشهدته وغلطت) يعنى اذا قال الاصول اشهدناهم ولكنا غلطنا فانهم لا يضمنون عند ابى حنيفة وابى يوسف لان القضاء لم يقع بشهادتهم بل وقع بشهادة الفروع وعند محمد ضمنوا لان الفروع نقلوا شهادة الاصول فكأنهم حضروا وشهدوا ثم حضروا ورجعوا (ولو رجع الكل) اى الاصول والفروع (ضمن الفروع فقط) عندهما لان سبب الاتلاف الشهادة القائمة فى مجلس القضاء وذا وجد من الفروع وعند محمد المشهود عليه مخير بين تضمين الفروع وتضمين الاصول لان القضاء وقع بشهادة الفروع من حيث ان القاضى عاين شهادتهم ووقع بشهادة الاصول من حيث ان الفروع نائبون عنهم نقلوا شهادتهم بامرهم (و) ضمن (المزكى بالرجوع) يعنى ان المزكى ان رجع من التزكية ضمن عند ابى حنيفة لان الحكم انما يضاف الى الشهادة والشهادة انما تصير حجة بالعدالة وهى انما تثبت بالتزكية فصارت فى معنى علة العلة كالرمى فانه سبب لمضى السهم فى الهواء وهو سبب الوصول الى المرمى اليه وهو سبب الجرح وهو سبب ترادف الالم وهو سبب الموت ثم اضيف الموت الى الرمى الذى هو العلة الاولى حتى تجب عليه احكام القتل من القصاص والدية والكفارة وعندهما لا يضمنون لانهم اثنوا على الشهود خيرا فصاروا كما لو اثنوا على المشهود عليه بان شهدوا باحصانه (لا شاهد الاحصان) يعنى لو شهدوا بالاحصان ثم رجعوا لم يضمنوا لانه شرط محض (كما ضمن به) اى بالرجوع (شاهد

فيكون الحكم مضافا الى الشرط على ان الشرط يجعل خلفا عن العلة ههنا باعتبار ان الحكم يضاف اليه وجودا عنده وشبه هذا بحفر (اليمين) البئر قالوا وهو غلط بل الصحيح من المذهب ان شهود الشرط لا يضمنون بحال وهذا لان قوله انت حر مباشرة لاتلاف المالية وعند ورود مباشرة الاتلاف يضاف اليه دون الشرط سواء كان بطريق التعدى او لا يكون بطريق التعدى بخلاف مسئلة الحفر

اليمين لا الشرط) يعني لو شهد شاهدان باليمين وقالا انه قال لعبده ان دخلت الدار فانت حر او قال لامرأته ان دخلت الدار فانت طالق وهي غير مدخول بها وشهد آخران بوجود الشرط اي دخول الدار ورجع الفريقان بعد الحكم فالضمان على شهود اليمين لا وجود الشرط وهو قيمة العبد ونصف المهر لان شهود العلة اذ التلف انما حصل بالاعتاق والتطليق وهم الذين اثبتوا تلك الكلمة والتعليق بالشرط كان مانعا فعند وجود الشرط اضيف التلف الى علته لا لزوال المانع

كتاب الصلح

اورده ههنا لانه انما يصار اليه اذا لم يكن من المدعى عليه اقرار ولا للمدعي شاهد فالمناسب ان يورد بعد الاقرار والشهادة (هو) لغة اسم بمعنى المصالحة وهي خلاف المخاصمة واصله من الصلاح بمعنى استقامة الحال وشرعا (عقد يرفع النزاع وركنه الايجاب والقبول) بان يقول المدعى عليه صالحتك من كذا على كذا او من دعواك كذا على كذا ويقول الآخر قبلت اورضيت او ما يدل على رضاه وقبوله (وشرطه العقل) وهو شرط في جميع التصرفات الشرعية فلا يصح صلح المجنون وصبي لا يعقل (لا البلوغ فصح من الصبي المأذون ارتفع او هي من ضرربين) يعني اذا ادعى الصبي المأذون على انسان دينا فصالحه على بعض حقه فان لم يكن له عليه بينة جاز الصلح اذ عند انعدامها لا حق له الا الخصومة والحلف والمال انفع له منهما وان كانت لم يجز لان الحط تبرع وهو لا يملكه وان اخر الدين جاز سواء كان له بينة او لا لانه من اعمال التجارة والصبي المأذون في التجارات كالبالغ (ولا الحرية) يعني ان حرية المصالح ليست بشرط ايضا (فصح) اي الصلح (من العبد المأذون) اذا كانت له فيه منفعة لكنه لا يملك الصلح على حط بعض الحق اذا كان له عليه بينة ويملك التأجيل مطلقا وحط بعض الثمن للعيب لما ذكر ولو صالحه البائع على حط بعض الثمن جاز لما ذكر في الصبي المأذون (و) من (المكاتب) فانه لنظير العبد المأذون في جميع ما ذكر لانه عبد ما بقي عليه درهم فان عجز المكاتب فادعى رجل عليه دينا فاصطلحا على ان يأخذ بعضه ويؤخر بعضه فان لم يكن له عليه بينة لم يجز لانه لما عجز صار محجورا فلا يصح صلحه (وشرطه) ايضا (ان يكون المصالح عنه حقا للمصالح ثابتا في المحل لا حقا لله تعالى) فرع على قوله ان يكون المصالح عنه حقا للمصالح بقوله (فلو ادعت مطلقة على زوجها ان صبيا في يدها ابنها منه وجحد فصالحت من النسب على شيء بطل) لان النسب حق الصبي لا حقها فلا تملك الاعتياض من حق غيرها وفرع على قوله ثابتا في المحل بقوله (ولو صالح الكفيل بالنفس على مال على ان يبرئه من الكفالة بطل) لان الثابت للطالب قبل الكفيل بالنفس حق المطالبة بتسليم نفس المكفول بنفسه وذلك عبارة عن ولاية المطالبة وانها صفة الوالي فلا يجوز الصلح عنها بخلاف الصلح عن القصاص لان المحل هناك يصير مملوكا في حق الاستيفاء فكان الحق ثابتا في المحل فيملك الاعتياض عنه بالصلح (كذا الصلح من الشفعة) يعني اذا صالح الشفيع من الشفعة التي وجبت له على شيء على ان يسلم الدار للمشتري فالصلح باطل

فالعلة هناك نقل الماشي وذلك ليس من مباشرة الاتلاف في شيء فلهذا يجعل الاتلاف مضافا الى الشرط وهو ازالة المسكة بحفر البئر في الطريق اه

كتاب الصلح

(قوله لانه انما يصار اليه اذا لم يكن من المدعى عليه اقرار ولا للمدعي شاهد) غير مسلم لما سيأتي انه يصح مع الاقرار ولا شك ان الاقرار اقوى من الشهادة فيصار اليه ولو مع الاقرار والشهادة (قوله وركنه الايجاب والقبول) قال صاحب العناية عن النهاية ركنه الايجاب مطلقا والقبول فيما يتعين بالتعيين واما اذا وقع الدعوى في الدارهم والدنانير وطلب الصلح على ذلك الجنس فقد تم الصلح بقول المدعي ولا يحتاج فيه الى قبول المدعى عليه لانه اسقاط لبعض الحق وهو يتم بالمسقط بخلاف الاول لانه طلب البيع من غيره ولا يتم الا بالقبول (قوله ولو صالح الكفيل بالنفس الخ) كذا حكى الزيلعي خلافا في سقوط الكفالة وفي الفتاوى الصغرى الكفالة بالنفس اذا لم يجز الصلح عنها هل تبطل الكفالة فيه روايتان في رواية كتاب الشفعة والحوالة والكفالة ورواية صلح ابي حفص تبطل وبه يفتى وفي صلح رواية ابي سليمان لا تبطل اه (قوله كذا الصلح من الشفعة) تقدم في الشفعة وتبطل به الشفعة رواية واحدة كما في الصغرى

(قوله حتى لا يصح الصلح من حد الزنا) كذا قال قاضيخان زنا رجل بامرأة رجل فعلم الزوج واراد احدهما الصلح فصالحا معا او احدهما على معلوم على ان يعفو عنهما كان باطلا وعفوه باطل سواء كان قبل الدفع او بعده والرجل اذا قذف امرأته المحصنة حتى وجب اللعان ثم صالحها على مال على ان لا تطلب اللعان كان باطلا او عفوها بعد الرفع باطل وقبل الرفع جائز (قوله وشرب الخمر الخ) شامل لما لو كان الصلح مع الامام قال قاضيخان الامام والقاضي اذا صالح شارب الخمر على ان يأخذ منه مالا ويعفو عنه لا يصح الصلح ويرد المال على شارب الخمر سواء كان ذلك قبل الرفع او بعده اه (قوله بان اخذ زانيا ﴿ ٣٩٦ ﴾ او سارقا من غيره) لا يختص عدم الصلح بالسرقة من غيره على ما قال قاضيخان او صالح رب المال سارقه على مال بعد ما رفع الى القاضي ان كان بلفظ العفو لا يصح العفو بالاتفاق وان كان بلفظ الهبة والبراءة عندنا يسقط القطع اه (قوله وكذا اذا صالح من حد القذف) اى بطل الصلح وسقط الحد ان كان قبل أن يرفع الى القاضي وان كان بعده لا يبطل الحد كما في قاضيخان (قوله بخلاف التعزير والقصاص) كذا الجناية على النفس وما دونها خطأ كما سيأتي (قوله فلا يصح الصلح على الخمر) كذا في تصحيح الشيخ وفي غيرها عبر بعن وذا لانه علل بقوله لان في الصلح معنى المعاوضة فما لا يصلح عوضا في البيع لا يصلح عوضا في الصلح ثم هذا تقييد لاطلاق المتن وهو قوله وكون البدل مالا فقيد بكون المال صالحا للعوض لان الخمر مال لكنه غير صالح لعدم تقومه (قوله اوانكار) قال في القنية صالح الوصي عن الف بخمسمائة عن انكار ولا بينة له ثم وجد بينة عادلة فله ان يقيمها على الالف وكذا اليتيم بعد بلوغه واختلف في صحة الصلح بعد الحلف وجه عدم الصحة ان اليمين بدل عن المدعى فاذا حلفه فقد استوفى البدل فلا يصح اه (قوله وكل ذلك جائز لقوله تعالى والصلح خير عرفه بالالف واللام فالظاهر العموم) (المنازعة) يشير الى ان الالف واللام للجنس وليس راجعا الى الصلح المذكور بقوله تعالى وان امرأة خافت من بعلها نشوزا او اعراضا فلا جناح عليهما ان يصلحا بينهما صلحا والصلح خير لما قالوا معناه جنس الصلح خير ولا يعود الى الصلح المذكور لانه خرج مخرج التعليل والعلة لا تتقيد بمحل الحكم فيعلم بهذا ان جميع انواعه حسن كما في التبيين

اذ لا حق للشفيع في المحل سوى حق التملك وهو ليس بامر ثابت في المحل بل هو عبارة عن الولاية كما مر وفرع على قوله لا حقا لله بقوله (ولو صالح من حد بطل) يعني لا يجوز ان يكون المصالح عنه حق الله سواء كان مالا عينا او دينا او حقا ليس بمال حتى لا يصح الصلح من حد الزنا والسرقة وشرب الخمر بان اخذ زانيا او سارقا من غيره او شارب خمر فصالحه على مال على ان لا يرفعه الى ولي الامر لانه حق الله ولا يجوز الصلح عن حقوقه تعالى لان المصالح بالصلح يتصرف في حق نفسه اما باستيفاء كل حقه او استيفاء بعضه واسقاط الباقي وبالمعاوضة وكل ذلك لا يجوز في غير حقه وكذا اذا صالح من حد القذف بان قذف رجلا فصالحه على مال على ان يعفو عنه لانه وان كان للعبد فيه حق فالغالب حق الله تعالى والمغلوب ملحق بالمعدوم شرعا (بخلاف التعزير) حيث يصح الصلح عنه لانه حق العبد (والقصاص) في النفس وما دونها لانه ايضا حق العبد (و) شرطه ايضا (كون البدل مالا) الاصل في هذا الفصل ان الصلح يجب حمله على اقرب العقود اليه واشبهها روما لتصحيح تصرف العاقل بقدر الامكان فاذا كان عن مال بمال كان في معنى البيع فلا يصح الصلح على الخمر والميتة والدم وصيد الاحرام والحرم ونحو ذلك لان في الصلح معنى المعاوضة فما لا يصلح عوضا في البيع لا يصلح عوضا في الصلح (معلوما ان احتيج الى قبضه) والا لم يشترط معلوميته فان من ادعى حقا في دار وادعى المدعى عليه قبله حقا في حانوته فتصالحا على ان يترك كل واحد منهما دعواه قبل صاحبه صح وان لم يبين كل منهما مقدار حقه لان جهالة الساقط لا تفضي الى المنازعة كذا في الكافي (او منفعة) بان صالح على خدمة عبد بعينه سنة او ركوب دابة بعينها او زراعة ارض او سكنى دار وقتا معلوما جاز الصلح ويكون في معنى الاجارة لانها تمليك المنفعة بعوض وقد وجد (وحكمه وقوع البراءة عن الدعوى) لما مر انه عقد يرفع النزاع (وهو) اى الصلح (اما باقرار) من المدعى عليه (او سكوت) عنه بان لا يقر ولا ينكر (او انكار) وكل ذلك جائز لقوله تعالى والصلح خير عرفه بالالف للام فالظاهر العموم (الاول) اى الصلح باقرار (كبيع) في احكامه (لو وقع (عن مال بمال) لان حقيقة البيع مبادلة مال بمال كما مر (فيجرى فيه) اى في هذا الصلح (احكامه) اى احكام البيع وهي الشفعة والرد بعيب وخيار الرؤية وخيار الشرط والفساد بجهالة البدل لانها هي المفضية الى

(قوله وان استحق المدعى او بعضه رجع المدعى عليه بالبدل او بعضه الخ) لا يخفى ما في تصوير المصنف المسئلة من اتحاد الحكم
في الرجوع بكل البدل في الصورتين مع اختلاف الاستحقاق فالتصوير ينبغي ان يكون هكذا ادعى دارا او بعضها معينا على آخر فصالحه
على الف فاستحق المدعى بعضه رجع بكل البدل او ببعضه فيقدره من البدل (قوله فايهما اخذه بالاستحقاق رجع بما دفع) الذي
ينبغي ان يقال رجع بما ادعى لانه لم يوجد منه دفع بل دعوى (قوله وكاجارة او وقع عن مال بمنفعة فشرط التوقيت فيه)
قال الزيلعي وانما يشترط التوقيت ﴿٣٩٧﴾ في الاجير الخاص بان ادعى شيئا فوقع الصلح على خدمة العبد او سكنى سنة وفيما
عداه لا يشترط التوقيت كما اذا صالحه على صبغ الثوب او ركوب الدابة او حمل الطعام الى موضع اه (قوله ويبطل بموت احدهما في المدة) كذا في الكنز وقال الزيلعي لو فات احدهما او محل المنفعة قبل الاستيفاء بطل الصلح فيرجع بالمدعى ولو كان بعدما استوفى بعض المنفعة بطل فيما بقي ويرجع بالمدعى بقدره وهذا كله قول محمد رحمه الله وهو القياس لانه اجارة وهي تبطل بذلك وقال ابو يوسف لا يبطل الصلح بموت المدعى عليه بل المدعي يستوفي المنافع على حاله وان مات المدعي فكذلك في خدمة العبد وسكنى الدار والوارث يقوم مقامه فيهما ويبطل في ركوب الدابة ولبس الثوب والتوجيه وتمام المسئلة فيه فليراجع (قوله وهذا في الانكار ظاهر واما في السكوت الخ) لا يخفى ايهام عدم الظهور في السكوت وقال الزيلعي وهذا في الانكار ظاهر لانه تبين بالانكار ان ما يعطيه لقطع الخصومة وفداء اليمين وكذا في السكوت لانه يحتمل الاقرار والانكار وجهة الانكار راجحة اذ الاصل فراغ الذمم فلا يجب عليه بالشك ولا يثبت به كون ما في يده عوضا عما وقع بالشك (قوله فلا شفعة في صلح عن دار مع احدهما) قال في البدائع لكن
للشفيع ان يقوم مقام المدعى فيدلي بحجته فان كان للمدعى بينة اقامها الشفيع عليه واخذ الدار بالشفعة لان باقامة البينة تبين
ان الصلح كان في معنى البيع وكذا ان لم يكن له بينة فحلف المدعى عليه فنكل اه كذا بخط العلامة على المقدسي رحمه الله تعالى
(قوله وان استحق البدل او بعضه رجع الى الدعوى) هذا اذا لم يقع الصلح بلفظ البيع لما قال الزيلعي بخلاف ما اذا وقع الصلح بلفظ
البيع بان قال احدهما بعتك هذا الشيء بهذا وقال الآخر اشتريت حيث يرجع المدعى عند الاستحقاق على المدعى عليه
بالمدعى نفسه لا بالدعوى لان اقدامه على المبايعة اقرار بالملكية بخلاف الصلح لعدم ما يدل عليه اذ الصلح قد يقع لدفع الخصومة

المنازعة دون جهالة المصالح عنه لانه يسقط والساقط لا يفضي اليها (وان استحق المدعى
او بعضه رجع المدعى عليه) على المدعى (بالبدل) في الصورة الاولى (او بعضه)
في الثانية يعني اذا ادعى زيد على بكر دارا او بعضها منها وصالح بكر في الاول على الف
وفي الثاني على خمسمائة فاستحقت الدار كلها او بعضها رجع بكر على زيد في الاول بالالف
وفي الثاني بخمسمائة (وان استحق البدل او بعضه رجع المدعى) وهو زيد (على المدعى
عليه) وهو بكر (بالمدعى) وهو الدار او بعضها لان كلا منهما عوض عن الآخر فايهما
اخذ منه بالاستحقاق رجع بما دفع ان كلا فبالكل وان بعضا فبالبعض كما هو حكم المعاوضة
(وكاجارة) عطف على قوله كبيع (لو) وقع الصلح (عن مال بمنفعة) لان العبرة
للمعاني والاجارة تمليك المنفعة بعوض وهذا الصلح كذلك (فشرط التوقيت فيه ويبطل
بموت احدهما في المدة) كما هو حكم الاجارة وقدمر (والاخيران) اي الصلح بسكوت
وانكار (معاوضة في حق المدعى) لانه يأخذه عوضا عن حقه في زعمه (وفداء يمين
وقطع نزاع في حق الآخر) اذ لولاه لبقي النزاع ولزم اليمين وهذا في الانكار ظاهر واما
في السكوت فانه يحتمل الاقرار والانكار فلا يثبت كونه عوضا في حقه بالشك مع ان حمله
على الانكار اولى لان فيه دعوى تفريغ الذمة وهو الاصل (فلا شفعة في صلح عن دار
مع احدهما) يعني اذا ادعى رجل على آخر داره فسكت الآخر او انكر فصالح
عنها بدفع شيء لم تجب الشفعة لانه يزعم انه يستبقي الدار المملوكة له على نفسه
بهذا الصلح ويدفع خصومة المدعى عن نفسه لانه يشتريها وزعم المدعى لا يلزمه
(وتجب) اي الشفعة (لو) وقع (الصلح عليها) اي على الدار بان تكون بدلا
(باحدهما) اي الانكار او السكوت لان المدعى يأخذها عوضا عن حقه في زعمه
فيعامل بزعمه والاقرار ههنا مثلهما (وان استحق المدعى او بعضه) في صورة الصلح
بسكوت او انكار (رد المدعى البدل) اي بدل المدعى او بعضه (ويخاصم مع
المستحق) لان المدعى عليه لم يدفع العوض الا ليدفع خصومته عن نفسه ويبقى
المدعى في يده بلا خصومة احد فاذا استحق لم يحصل له مقصوده ويظهر ايضا ان
المدعى لم يكن له خصومة فيرجع عليه (وان استحق البدل او بعضه رجع الى
الدعوى في كله) ان استحق كل العوض (او بعضه) ان استحق بعضه لان المدعى
لم يترك الدعوى الا ليسلم له البدل فاذا لم يسلم له البدل رجع بالبدل (هلاك البدل
قبل التسليم) الى المدعى (كاستحقاقه في الفصلين) اي فصل الاقرار وفصل

السكوت والانكار فان كان من اقرار رجع بعد الهلاك الى المدعى وان من انكار رجع بالدعوى (صالح على بعض ما يدعيه لم يصح) يعنى اذا ادعى رجل على آخر دارا فصالحه على قطعة منها لم يصح الصلح وهو على دعواه فى الباقى لان الصلح اذا كان على بعض المدعى كان استيفاء لبعض الحق واسقاطا للبعض ولا اسقاط لا يرد على العين بل هو مخصوص بالدين حتى اذا مات واحد وترك ميراثا فابرئ بعض الورثة من نصيبه لم يجز لكونه براءة من الاعيان (الا زيادة شئ فى البدل او الابراء من دعوى الباقى) هذا ما قالوا من الحيلة فى جواز الصلح على بعض المدعى وهو ان يزيد على بدل الصلح درهما مثلا ليكون مستوفيا لبعض حقه وآخذا العوض من البعض او يلحق به ذكر البراءة من دعوى الباقى لان الابراء من دعوى العين جائز (صح) اى الصلح (من دعوى المال) لانه فى معنى البيع فما جاز بيعه جاز صلحه (و) من دعوى (المنفعة) كان يدعى فى دار سكنى سنة وصية من صاحبها فجحد الوارث او اقر فصالحه على مال او منفعة جاز لان اخذ العوض عنها بالاجارة جائز فكذا الصلح لكن انما يجوز الصلح من المنفعة على المنفعة اذا كانتا مختلفتى الجنس بان يصالح من السكنى على خدمة العبد مثلا واما اذا اتحد جنسهما كما اذا صالح من السكنى على السكنى مثلا فلا يجوز وقدمر فى كتاب الاجارة (و) من دعوى (الرق) اى اذا ادعى على مجهول الحال انه عبده فصالحه المدعى عليه على مال جاز (وكان عتقا بمال مطلقا) اى فى حق المدعى والمدعى عليه حتى يثبت الولاء (لو) وقع الصلح (باقرار) من المدعى عليه (والا) اى وان لم يكن باقرار (فقطع نزاع فى زعم المدعى عليه وعتق بمال فى زعم المدعى) حتى لا يثبت الولاء الا ان يقيم المدعى البينة فتقبل ويثبت الولاء (و) من دعوى الزوج النكاح وكان خلعا) يعنى صح الصلح اذا كان الرجل هو المدعى والمرأة تنكر لامكان اعتبار الصحة فيه بان يجعل فى حقه فى معنى الخلع لان اخذ المال من ترك البضع خلع والصلح يجب حمله على اقرب العقود اليه كما مر وفى حقها الافتداء اليمين وقطع الخصومة (لا من دعواها النكاح) اى لا يجوز الصلح اذا [كان] المدعى المرأة بان تدعى نكاحا على رجل فصالحها على شئ وانما لم يجز لانه بذل لها لترك الدعوى فان جعل ترك الدعوى منها فرقة فلا عوض على الزوج فى الفرقة كما اذا مكنت ابن زوجها وان لم تجعل فرقة فالحال على ما كان عليه قبل الدعوى لان الفرقة لما توجد كانت دعواها على حالها لبقاء النكاح فى زعمها فلم يكن ثمة شئ يقابله العوض فكان رشوة وقيل يجوز لانه يجعل كأنه زاد فى مهرها ثم خالعها اصل المهر لا الزيادة فسقط الاصل لا الزيادة (و) لا عن (دعوى حد) لما عرفت ان الصلح لا يجرى فى حق الله تعالى (و) دعوى (نسب) لان الصلح اما اسقاط او معاوضة والنسب لا يحتملهما (ولا اذا قتل مأذون رجلا عمدا وصالح عن نفسه) لان نفسه ليست من كسبه فلا يجوز له التصرف فيها ثم صلح العبد المأذون له وان لم يصح لكن ليس لولى القتيل ان يقتله بعد الصلح لانه اذا صالحه فقد عفا عنه ببدل فصح العفو ولم يجب البدل فى حق المولى بل تأخر الى ما بعد العتق لان صلحه من

(قوله فان كان من اقرار راجع بعد الهلاك على المدعى وان كان من انكار رجع بالدعوى) يشير الى ان هلاك بعضه يبطل بقدره وقال الزيلعى وهذا اذا كان البدل مما يتعين بالتعيين وان كان مما لا يتعين كالدراهم والدنانير لا يبطل بهلاكه لانهما لا يتعينان فى العقود والفسوخ فلا يتعلق بهما العقد عند الاشارة اليهما وانما يتعلق بمثلهما فى الذمة فلا يتصور فيه الهلاك (قوله صالح على بعض ما يدعيه الخ) كذا فى البرهان وكتب عليه الشيخ على المقدسى رحمه الله تعالى اعلم ان هذا الجواب على غير ظاهر الرواية ومثله فى الهداية وظاهر الرواية انه يجوز من غير ان يذكر براءته من دعوى الباقى او يزيده درهما اليه اشير فى المحيط والذخيرة ومشى عليه فى الاختيار اه (قوله صح من دعوى المال لانه فى معنى البيع) يعنى فى الجملة لان كونه بمعنى البيع فى حقهما فيما اذا وقع عنه بمال عن اقرار وان وقع عن انكار او سكوت فهو فى معنى البيع فى حق المدعى فقط وان وقع عنه بمنافع فهو فى معنى الاجارة وكل ذلك جائز (قوله ومن دعوى المنفعة كان يدعى فى دار سكنى سنة وصية) يعنى او ادعى الوصية بخدمة هذا العبد لما قال فى الجوهرة صورة دعوى المنافع ان يدعى على الورثة ان الميت اوصى له بخدمة هذا العبد وانكر الورثة لان الرواية محفوظة على انه لو ادعى استئجار عين والمالك ينكر ثم تصالحا لم يجز كذا فى المستصفى (قوله ومن دعوى الزوج النكاح) لو اسقط لفظ الزوج لكان اولى وهذا فيما اذا لم تكن ذات زوج لانه لو كان لها زوج لم يثبت نكاح المدعى فلا يصح الخلع (قوله لا من دعواها النكاح) قال فى الاختيار وهو الاصح واختاره فى الوقاية وصحح الصحة فى درر البحار كذا (نقد) بخط العلامة المقدسى رحمه الله تعالى (قوله وقيل يجوز الخ) كذا فى بعض نسخ القدورى والاول فى بعض آخر منها

نفسه صحيح لكونه مكافا ولم يصح في حق المولى فصار كانه صالحه على بدل مؤجل يؤاخذ به بعد العتق ولو فعل ذلك جاز الصح ولم يكن له ان يقتله فكذا هذا كذا في العناية (وصح) اى الصلح يعنى صلح المولى (عن نفس عبد له فعل ذلك) اى القتل عمدا لان عبده من كسبه فيجوز التصرف فيه واستخلاصه (و) صح (صلح المكاتب عن نفسه) لانه كالحر لخروجه عن يد المولى وهذا ان ادعى احد رقبته فانه يكون خصما فيه واذا جنى عليه كان الارش له واذا قتل لا يكون قيمته للمولى بل لورثته حتى يؤدى بها كتابته ويحكم بحريته في آخر حياته ويكون الفضل لهم فصار كالحر فيجوز صلحه عن نفسه ولا كذلك العبد المأذون ذكره الزيلعي (و) صح (الصلح عن مغصوب تلف باكثر من قيمته او عرض) يعنى ان من غصب ثوبا او عبدا قيمته الف واستهلكه فصالحه على الفين او عرض جاز وعندهما لا يجوز اذا كان بغبن فاحش لان حقه في القيمة فالزائد عليها ربا وله ان حقه في الهالك باق مالم يحكم القاضي بالضمان حتى اذا ترك التضمين بقى العبد الهالك على ملكه حتى يكون الكفن عليه فاعتياضه باكثر من قيمته لا يكون ربا اذ الزائد على المالية يكون في مقابلة الصورة الباقية حكما لا القيمة حتى لو قضى القاضي بالقيمة ثم تصالحا على الاكثر لم يجز لان الحق قد انتقل بالقضاء الى القيمة وكذا الصلح بعرض صح وان كان قيمته اكثر من قيمة مغصوب تلف لعدم الربا (و) صح (في العمد باكثر من الدية والارش وفي الخطأ لا) لان الدية في الخطأ مقدرة والزيادة عليها تكون ربا فيبطل الفضل والواجب في العمد هو القصاص وهو ليس بمال فلا يتحقق فيه الربا فلا يبطل الفضل هذا اذا صالح على احد مقادير الدية فان صالح على غيرها صح لانه مبادلة بها لكن يشترط القبض في المجلس ليخرج عن ان يكون دينا بدين كذا في الكافي (كما في موسر اعتق نصفا له وصالح عن باقيه باكثر من نصف قيمته) يعنى عبد بين رجلين اعتقه احدهما وهو موسر فصالح عن باقيه باكثر من نصف قيمته بطل الفضل اتفاقا لان القيمة في العتق منصوص عليها كما مر في بابه وتقدير الشرع ليس ادنى من تقدير القاضي فلا يجوز الزيادة عليه (ولو) صالح عن باقيه (بعرض صح مطلقا) اى وان كان قيمته اكثر من قيمة نصف العبد لان الفضل لا يظهر عند اختلاف الجنس (وكل بالصلح عن دم عمد او على بعض دين يدعيه) من المكيلات او الموزونات (لزم بدله الموكل) دون الوكيل لانه اسقاط محض فكان الوكيل سفيرا محضا فلا ضمان عليه كالوكيل بالنكاح (الا ان يضمنه) اى الوكيل البدل فانه حينئذ يكون مؤاخذا بالضمان لا بالصلح (وفيما هو كبيع) وهو اذا كان الصلح عن مال بمال (لزم وكيله) لان الحقوق حينئذ ترجع الى الوكيل هذا اذا كان الصلح عن اقرار واما اذا كان عن انكار فلا يجب البدل على الوكيل كذا في الكفاية (صالح فضولى وضمن البدل او اضاف الى ماله) بان قال على الفى هذا (او اشار الى نقد او عرض بلا نسبة الى نفسه) بان قال على هذا الالف او على هذا العبد (او اطلق) بان قال على الف (ونقد) اى سلم (صح) اى الصلح في هذه الصور (وصار) اى المصالح (متبرعا هنا) اى في الصورة

(قوله وصح اى الصلح يعنى صلح المولى عن نفس عبد له) المراد بالمولى العبد المأذون والضمير في له راجع للمولى الذى هو المأذون فكان الاولى للمصنف رحمه الله تعالى ان يذكر بدل المولى المأذون (قوله وهذا اذا ادعى احد رقبته) صوابه ولهذا لانه تعليل لا تقييد وهى عبارة الزيلعي (قوله وعندهما لا يجوز اذا كان بغبن فاحش) يعنى اذا كان الصلح على غير عرض اذ الصلح على عرض لا خلاف فيه مطلقا كما سنذكر (قوله وكذا الصلح بعرض صح وان كانت قيمته اكثر) هذا باتفاق وان كان سياقه في جانب الامام فيه ايهام الخلاف فدفعه بالتعليل بعدم الربا ونص على الاتفاق الزيلعي وغيره (قوله وفي الخطأ لا) اى لا تصح الزيادة والصلح صحيح كما اشار اليه بقوله فيبطل الفضل (قوله باكثر من نصف قيمته) يعنى بما لا يتغابن فيه

الرابعة لانه نعله بلا اذن المدعى عليه (وان لم ينقد) اى لم يسلم الفضولى البدل (وقف) اى صار الصلح موقوفا على الاجازة (فان اجازه المدعى عليه صح) اى الصلح (ولزمه البدل والا) اى وان لم يجزه (رد) اى الصلح هذه صور خمس لان الفضولى اما ان يضمن البدل او لا فان لم يضمن فاما ان يضيف العقد الى ماله او لا فان لم يضفه فاما ان يشير الى نقد او عرض او لا فان لم يشر فاما ان يسلم العوض او لا فالصلح جائز فى الوجوه كلها الا الوجه الاخير وهو ما اذا لم يضمن البدل ولم يضفه ماله ولم يشر اليه ولم يسلمه الى المدعى حيث لا يحكم بجوازه بل يكون موقوفا على الاجازة اذا لم يسلم للمدعى عوض فلم يسقط حقه مجانا لعدم رضاه به فان اجازه المدعى عليه جاز ولزمه المشروط لالتزامه باختياره وان رده بطل بخلاف سائر الوجوه فانها جائزة اما الاول فلان الحاصل للمدعى عليه البراءة وفى حقها الاجنبى والمدعى عليه سواء ويجوز ان يكون الفضولى اصيلا اذا ضمن كالفضولى بالخلع اذا ضمن البدل واما الثانى فلانه اذا اضافه الى نفسه فقد التزم تسليمه فصح الصلح واما الثالث فلانه اذا عينه للتسليم فقد شرط له سلامة العوض فصار العقد تاما بقبوله ولو استحق هذا العبد او وجد به عيبا فرده او وجده حرا او مدبرا او مكاتبا فلا سبيل له على المصالح ولكن يرجع فى دعواه لان المصالح لم يضمن واما الرابع فلان دلالة التسليم على رضى المدعى فوق دلالة الضمان والاضافة الى نفسه على رضاه واما الخامس فلما لم يكن كباقى الوجوه لم يفد صحة الصلح (الصلح على جنس ماله عليه) اى اذا كان بدل الصلح من جنس ما يستحقه المدعى على المدعى عليه بعقد مداينة جرت بينهما فالصلح (اخذ لبعض حقه وحط لباقيه) لان تصرف العاقل البالغ يصحح ما امكن ولا يمكن تصحيحه معاوضة لما فيه من الربا (فصح) اى الصلح (من الف على خمسمائة و) عن (الف جياد على خمسمائة زيوف) بجعل حط البعض فى المسئلة الاولى وللبعض والصفة فى الثانية لان عين هذه الخمسمائة كانت مستحقة بذلك العقد الذى الدين به (و) عن (الف حال على) الف (مؤجل) اذ لا يمكن جعله معاوضة لان بيع الدراهم بالدراهم نسيئة لا يجوز فلابد من حمله على تأخير فيه معنى الاسقاط (و) عن (عشرة دراهم وعشرة دنانير على خمسة دراهم) حالة او مؤجلة اذ يعتبر حط الدنانير كلها وبعض الدراهم وتأجيلا للبعض لا معاوضة لان معنى الاسقاط لازم فى الصلح فاذا امكن ان يجعل حطا واسقاطا لم يعتبر معاوضة (لا عن دراهم على دنانير مؤجلة) لان الدنانير غير مستحقة بعقد المداينة فلا يمكن حمله على تأخير حقه فيحمل على المعاوضة وبيع الدراهم بالدنانير نسيئة لا يجوز (و) لا (من الف مؤجل على نصفه حالا) لان المعجل غير مستحق بعقد المداينة اذ المستحق به هو المؤجل والمعجل خير منه فقد وقع الصلح على ما لم يكن مستحقا بعقد المداينة فصار معاوضة والاجل كان حق المديون وقد تركه بازاء ما حط عنه من الدين فكان اعتياضا من الاجل وهو حرام الا يرى ان ربا النسيئة حرم لشبهة مبادلة المال بالاجل فلان تحرم حقيقته اولى (و) لا (من الف سود على نصفه بيضا) لان البيض غير مستحقة بعقد المداينة لان من له السود لا يستحق البيض فقد صالح على

(قوله الصلح على جنس ماله عليه الخ) عدل به عن عبارة الكنز وغيره التى هى الصلح عما استحق لان الزيلعى قال هذا سهو لانه اذا صالح من الدين لا يكون جميع صوره استيفاء لبعض حقه واسقاطا للباقى وانما يكون كذلك ان لو وقع الصلح من الدين على بعض الدين الا يرى انه لو وقع من الدين بجنس آخر يحمل على المعاوضة والصواب ان يقال الصلح على ما استحق بعقد المداينة الخ فانه يكون اصلا جيدا لا يرد عليه نقض وهكذا ذكر القدورى رحمه الله تعالى والجواب من الكنز بان قوله اخذ لبعض حقه لا يكون الا وبدل الصلح من جنس حقه فاخباره بأخذ مخصوص ببعض حقه مبين له بأنه جزء منه فمؤدى عبارة الصلح عما استحق بعقد المداينة بجزء منه اخذ لبعض حقه الخ فلا عموم ولا سهو ولا اعتراض (قوله بعقد مداينة) صور المتن به وهو اعم منه لشموله ما عليه بغصب حلالحال المسلم على الصلاح وكان الاولى بيان ما يحتمله المتن من المداينة والغصب (قوله ومن الف جياد على خمسمائة زيوف) شامل لما اذا كان بدل الصلح مؤجلا او حالا فانه يصح كما ذكره بخلاف ما اذا كان له الف زيوف وصالحه على خمسمائة جياد حيث لا يجوز لعدم استحقاق الجياد فيكون معاوضة ضرورة كما فى التبيين (قوله ولا من الف مؤجل على نصفه حالا الخ) هذا فى غير صلح المولى مكاتبه عن الف مؤجلة على نصفها حالا حيث يجوز لان معنى الارفاق بينهما اظهر من معنى المعاوضة

مالا يستحق بعقد المداينة فكان معاوضة الالف بخمسمائة وزيادة وصف الجودة فكان ربا (و) لا عن (دين عليه على جنس غيره بغير عينه) لان الصلح على غير جنس الحق لا يكون الا معاوضة وجهالة البدل تبطلها (صالح عن كر حنطة على عشرة دراهم فان قبض) اى العشرة (فى المجلس جاز) اى الصلح لما عرفت ان الصلح فى صورة اختلاف الجنس فى معنى البيع فيجب قبض احد العوضين فى المجلس (والا فلا) اى وان لم يقبض العشرة فلا يصح الصلح لانه حينئذ يكون بيع الدين بالدين وهو باطل (وان قبض خمسة وبقى خمسة فتفرقا صح فى النصف فقط) لوجود المصحح فى ذلك القدر (كذا العكس) يعنى لو صالح عن عشرة عليه على مكيل او موزون فان قبض فى المجلس جاز والا فلا لما عرفت (قال ادفع لى خمسمائة غدا على انك برئ من الباقى فان دفع غدا برئ والا فلا) اى وان لم يدفع لم يبرأ عند ابى حنيفة ومحمد وعند ابى يوسف يبرأ لان الابراء حصل مطلقا فتثبت البراءة مطلقا كما لو بدأ بالابراء كما سيأتى ولهما انه ابراء مقيد بالشرط والمقيد به يفوت عند فواته وذلك لانه بدأ باداء خمسمائة فى الغد وانه يصلح غرضا حذرا افلاسه او توسلا الى تجارة اربح فصلح ان يكون شرطا بحسب المعنى وكلمة على وان كانت للمعاوضة لكنها قد تكون بمعنى الشرط كما فى قوله تعالى يبايعنك على ان لا يشركن بالله شيأ وقد تعذر العمل بمعنى المعاوضة فيحمل على الشرط تصحيحا لتصرفه وهذه المسئلة على وجوه احدها ما ذكر والثانى ما ذكره بقوله (ولو قال صالحتك) اى من الالف (على خمسمائة تدفعها الى غد وانت برئ من الفضل على انك ان لم تدفعها غدا فالكل عليك كان الامر كما قال) يعنى ان قبل وادى برئ من الباقى والا فالكل عليه كما فى الوجه الاول وهذا بالاجماع لانه اتى بصريح التقييد فاذا لم يوجد بطل والثالث ما ذكره بقوله (وان قال ابرأتك عن خمسمائة من الالف على ان تعطى خمسمائة غدا برئ وان) وصلية (لم يعطها) لانه اطلق الابراء واداء خمسمائة غدا لا يصلح عوضا ويصلح شرطا مع الشك فى تقييده بالشرط فلا يتقيد بالشك بخلاف ما اذا بدأ باداء خمسمائة لان الابراء حصل مقرونا به فمن حيث انه لا يصلح عوضا يقع مطلقا ومن حيث انه لا يصلح شرطا لا يقع مطلقا فلا يثبت الاطلاق بالشك فافترقا وذكر الرابع بقوله (واذا لم يوقت) اى لم يذكر لفظ غدا بل قال ادفع لى خمسمائة على انك برئ من الباقى (برئ) لانه لما لم يوقت للاداء وقتا لم يكن الاداء غرضا صحيحا لانه واجب عليه فى كل زمان فلم يتقيد بل حمل على المعاوضة ولا يصلح عوضا بخلاف ما مر لان الاداء فى الغد فيه غرض صحيح كما مر وذكر الخامس بقوله (وان علق صريحا لم يصح) يعنى اذا قال ان اديت الى او متى او اذا فانت برئ لم يصح الابراء لانه علقه بالشرط صريحا وهو باطل لما مر فى بيان ما يبطل بالشرط وما لا يبطل (قال) اى المديون (سرا للدائن لا اقر لك بمالك حتى تؤخره عنى او تحط ففعل) اى التأخير او الحط (صح) اى التأخير والحط لانه ليس بمكره (عليه) اى الدائن حتى انه بعد التأخير لا يتمكن من مطالبته فى الحال وفى الحط لا يتمكن من مطالبة ما حطه ابدا (ولو اعلن) اى ما قاله سرا (اخذ الآن)

(قوله ولا عن دين عليه على جنس غيره) اى غير الدين بان كان عرضا بغير عينه عن دراهم او دنانير واذا كان العرض معينا صح الصلح واما اذا صالح عن دين بدين كدنانير عن دراهم ولم يعين بدل الصلح فى عقده ثم ادى مثله قبل الافتراق جاز كما فى الصرف اه وقال الزيلعى لو كان عليه الف فصالحه على طعام موصوف فى الذمة مؤجل لم يجز لانه يكون افتراقا عن دين بدين فلا يجوز اه

اى اخذ المال من المقر فى الحال بلا تأخير وحط (الدين المشترك اذا قبض احدهما شيأ منه شاركه الآخر فيه) هذا اصل كلى يتفرع عليه فروع يعنى اذا كان لرجلين دين على آخر فقبض احدهما شيأ منه ملكه مشاعا كاصله فلصاحبه ان يشاركه فى المقبوض لانه وان ازداد بالقبض اذ مالية الدين باعتبار عاقبة القبض لكن هذه الزيادة راجعة الى اصل الحق فتصير كزيادة الثمرة والولد فله حق المشاركة ولكنه قبل المشاركة باق على ملك القابض لان العين غير الدين حقيقة وقد قبضه بدلا عن حقه فيملكه حتى ينفذ تصرفه فيه ويضمن لشريكه حصته والدين المشترك ان يكون واجبا بسبب متحد كثمن المبيع اذا اتحد الصفقة وثمن المال المشترك ونحو ذلك (ورجعا على الغريم بالباقى) لان المقبوض اذا كان مشتركا بينهما فلا بد ان يكون الباقى كذلك وفرع على الاصل المذكور بقوله (فلو صالح احدهما عن نصيبه على ثوب اخذ) الشريك (الآخر نصفه) اى نصف الدين (من غريمه) لانه كان عليه ولم يستوفه فبقى فى ذمته (او) اخذ (نصف الثوب من شريكه) لان الصلح وقع عن نصف الدين او هو مشاع لان قسمة الدين حال كونه فى الذمة لا تصح وحق الشريك متعلق بكل جزء من الدين فيتوقف على اجازته واخذه النصف دال على اجازة العقد فيصح ذلك (الا ان يضمن) اى شريكه (له ربع الدين) لان حقه فيه (ولو لم يصالح) احدهما (بل اشترى بنصفه) اى نصف الدين (شيأ ضمنه) اى ضمن احدهما الآخر (الربع) اى ربع الدين لانه صار قابضا حقه بالمقاصة بلا حط لان مبنى البيع على المماكسة فصار كقبضه نصف الدين فيكون لشريكه ان يرجع عليه بالربع بخلاف الصلح لان مبناه على الحط والاغماض ولهذا لا يملك بيعه مرابحة فكان المصالح بالصلح ابرأه عن بعض نصيبه وقبض بعضه فاذا الزمنا دفع ربع الدين تضرر به المصالح لانه لم يستوف تمام نصف الدين فلذا خيرناه (وفى الابراء عن حصته) اى اذا ابرأ احد الشريكين ذمة المديون عن حصته (وفى المقاصة بدين سبق) اى اذا كان المطلوب على احد الطالبين دين بسبب قبل ان يجب لهما عليه فصار قصاصا (لم يرجع الشريك) على المديون بحصته فى الصورتين اما فى الاول فلان الابراء اتلاف وليس بقبض فلم تزدد نصيب المشترى بالبراءة فلم يرجع عليه واما فى الثانية فلانه قضى دينا كان عليه ولم يقبض لان الاصل فى الدينين اذا التقيا قصاصا ان يصير الاول مقضيا بالثانى والمشاركة انما تثبت فى الاقتضاء (وفى بعضها قسم الباقى على سهامه) اى لو ابرأه عن بعض حصته كان قسمة الباقى على ما بقى من السهام لان الحق عاد الى هذا القدر حتى لو كان لهما على المديون عشرون درهما فابرأ احد الشريكين عن نصف نصيبه كان له المطالبة بالخمسة وللساكت المطالبة بالعشرة (صالح عن عيب فظهر عدم او زال بطل الصلح) قال فى العمادية ادعى عيبا فى جارية اشتراها وانكر البائع فاصطلحا على مال على ان يبرئ المشترى البائع من ذلك العيب ثم ظهر

(قوله هذا اصل كلى الخ) فيه تأمل اذ لم يظهر لى كون ما ذكره من التفريع جزئيا للاصل والدين المشترك هو نفس الاصل والمفرع غير ما فرع عليه (قوله والدين المشترك ان يكون واجبا بسبب متحد الخ) شامل لما اذا اشتركا فى المبيع بان كان عينا واحدة اولم يشتركا بان كانا عينين لكل عين بعقد صفقة بلا تفصيل ثمن (قوله فلو صالح احدهما عن نصيبه على ثوب الخ) فى التفريع تأمل لان الاصل ان يقبض من الدين شيأ وهذا صلح عنه ثم هذا احتراز عن العين المشتركة اذا صالح احدهما فانه يختص ببدل الصلح لكونه معاوضة بخلاف الدين وفى الدين اذا رجع على المصالح اثبتنا للمصالح الخيار ايضا بين ان يدفع نصف ما وقع عليه الصلح او ربع الدين دفعا للضرر عنهما بقدر الامكان ولا فرق بين ان يكون الصلح عن اقرار او سكوت او انكار كما فى التبيين (قوله وفى الابراء عن حصته والمعاوضة بدين سبق لم يرجع الشريك على المديون) كان ينبغى ان يقال لم يرجع الشريك على شريكه و يمكن ان يقال اطلاق على الشريك لفظ المديون باعتبار ما كان عليه من الدين من لهما عليه الدين لكن فيه خفاء اهـ والتزوج بنصيبه اتلاف فى ظاهر الرواية حتى لا يرجع على صاحبه بشئ وعن ابى يوسف ان يرجع بنصيبه منه لوقوع القبض بطريق المقاصة والصحيح الاول وكذا الصلح عن جناية العمد اتلاف لانه لم يملك بمقابلته شيأ قابلا للشركة كما فى البرهان والتبيين (قوله وفى بعضها قسم الباقى على سهامه اى لو ابرأه الخ) كان الاولى التعميم فيقال وفى بعضها اى فى البراءة عن البعض او المقاصة قسم الباقى (قوله حتى لو كان لهما على المديون عشرون درهما فابرأ احد الشريكين عن نصف نصيبه) كان ينبغى ان يزاد او قاصه عن نصفه بدينه كما ذكرنا وقال فى البرهان تأجيل نصيبه موقوف على رضى شريكه (انه) عند ابى حنيفة ونافذ عندهما وفى عامة الكتب محمد مع ابى يوسف وذكره فى الهداية مع ابى حنيفة فكان عنه روايتان اهـ

انه لم يكن بها عيب او كان و لكنه قد زال فللبائع ان يسترد بدل الصلح (صالح احد ربى سلم من نصيبه على ما دفع فان أجازه الآخر نفذ عليهما وان رده رد) يعنى اذا اسلم رجلان الى آخر فى طعام ثم صالح احدهما مع المسلم اليه على ان يأخذ نصيبه من رأس المال ويفسخ عقد السلم فى نصيبه لم يجز عند ابى حنيفة و محمد الا باجازة الآخر فان اجاز جاز وكان المقبوض من رأس المال مشتركا بينهما وما بقى من السلم مشتركا بينهما ايضا وان لم يجز فالصلح باطل وقال ابو يوسف جاز اعتبارا بسائر الديون فان احد الدائنين اذا صالح المديون من نصيبه على بدل جاز فكان الآخر مخيرا بين ان يشاركه فى المقبوض وبين ان يرجع على المديون بنصيبه كذلك ههنا ولهما انه لو جاز فاما ان يجوز فى نصيبه خاصة او فى النصف من النصيبين فعلى الاول يلزم قسمة الدين قبل القبض لان خصوصية نصيبه لا تظهر الا بالتميز ولا تميز الا بالقسمة وقد تقدم بطلانها وان كان الثانى فلا بد من اجازة الآخر لانه فسخ على شريكه عقده فيفتقر الى رضاه (اخرج احد الورثة عن عرض او عقار بمال او) اخرج عن (ذهب بفضة او بالعكس) اى عن فضة بذهب (او) عن (نقدين بهما) اى بالنقدين بان كان فى التركة دراهم ودنانير وبدل الصلح ايضا دراهم ودنانير (صح) اى الصلح صرفا للجنس الى خلافه كما فى البيع (قل بدله او لا) اى لا يعتبر فى النقدين التساوى بل يعتبر التقابض فى المجلس لانه صرف فان وجد صح والا فلا (وفى النقدين وغيرهما بأحد النقدين لا) اى اذا كانت التركة ذهبا وفضة وغير ذلك فصالحوه على ذهب او فضة لم يجز لاحتمال الربا (الا اذا كان المعطى اكثر من حصته من ذلك الجنس) لتكون حصته بمثله والزيادة بمقابلة حقه من بقية التركة صونا عن الربا فلا بد من التقابض فيما يقابل حصته من الذهب والفضة لانه صرف فى هذا القدر (وبطل ان شرط لهم الدين من التركة) يعنى اذا كان فى التركة دين على الناس فادخلوه فى الصلح على ان يخرجوا المصالح عنه ويكون الدين لهم بطل الصلح لانه يصير مملكا حصته من الدين لسائر الورثة بما يأخذ منهم من العين وتمليك الدين من غير من عليه الدين باطل وان كان تعوض واذا بطل فى حصة الدين بطل فى الكل (الا اذا شرطوا براءة الغرماء منه) اى من الدين ولا يرجع عليهم بنصيب المصالح فحينئذ يصح الصلح لانه حينئذ يكون تمليك الدين ممن عليه (او قضوا نصيب المصالح منه) اى من الدين (تبرعا) ثم تصالحوا عما بقى من التركة فانه يجوز ولا يخفى ما فيها من ضرر بقية الورثة فالاولى ما ذكره بقوله (او اقرضوه) اى المصالح (قدر حصته منه) اى من الدين (وصالحوا عن غيره واحالهم) اى احال المصالح الورثة (بالقرض) الذى اخذه منهم (على الغرماء) وتقبلوا الحوالة (واختلف فى صحة الصلح عن تركة مجهولة لا دين فيها) قوله (على مكيل او موزون) متعلق بالصلح يعنى اذا لم يكن فى التركة دين واعيانها غير معلومة واريد الصلح على مكيل او موزون قيل لا يصح لاحتمال ان يكون فى التركة مكيل او موزون ونصيبه من ذلك مثل بدل الصلح فيكون ربا وقيل يصح لاحتمال ان لا يكون فى التركة مكيل او موزون وان كان فيحتمل ان يكون نصيبه اقل من بدل الصلح

(قوله صالح احد ربى سلم الخ) الخلاف ثابت بينهم على الصحيح سواء خلطا رأس المال او لا وقيل ان لم يخلطا رأس المال جاز عندهما ايضا كما فى التبيين (قوله وفى النقدين وغيرهما بأحد النقدين الخ) كذا لا يجوز الصلح اذا لم يعلم قدر نصيبه لاحتمال الربا وقال الحاكم الشهيد انما يبطل على اقل من نصيبه فى مال الربا حالة التصادق واما فى حالة التناكر بأن انكروا وراثته فيجوز وجه ذلك ان فى حالة التكاذب ما يأخذه لا يكون بدلا لا فى حق الآخذ ولا فى حق الدافع هكذا ذكر المرغينانى ولا بد من التقابض فيما يقابل الذهب والفضة منه لكونه صرفا ولو كان بدل الصلح عرضا فى الصور كلها جاز مطلقا وان قل ولم يقبض فى المجلس (قوله قيل لا يصح) قائله ظهير الدين المرغينانى، وقيل يصح قائله الفقيه ابو جعفر وهو الصحيح كما فى التبيين والله الموفق

فكان القول بعدم الجواز مؤديا الى اعتبار شبهة الشبهة ولا عبرة بها (وصح فى الاصح من) تركة (مجهولة فى يد البقية) من الورثة (غير المكيل والموزون) لانه لا يفضى الى المنازعة لقيام المصالح عنه فى يد البقية من الورثة وقيل لا يصح لانه بيع اذ المصالح عنه عين ومع الجهالة لا يصح البيع

﴿ كتاب القضاء ﴾

اورده بعد الصلح لانه انما يحتاج اليه اذا لم يمكن بين المتخاصمين صلح (هو) لغة الاحكام وشرعا (الزام على الغير ببينة او اقرار او نكول) لان حقيقته فصل الخصومة وهو انما يكون به (واهله اهل الشهادة) لان كلا منهما من باب الولاية لانه تنفيذ القول على الغير ولان منهما الزام اذ الشهادة ملزمة على القاضى والقضاء ملزم على الخصم فما يشترط لاهلية الشهادة يشترط لاهلية القضاء (وشرط اهليتها شرط اهليته) وقدم ذلك فى كتاب الشهادة (والفاسق اهلها فيكون اهله لكنه لا يقلد) اذ لا يؤتمن عليه لقلة مبالاته بواسطة فسقه حتى لو قلد كان المقلد آثما (كما يصح قبول شهادته) لوجود اصل الاهلية (ولا تقبل) لما ذكر حتى لو قبل القاضى وحكم بها كان آثما لكنه ينفذ وفى الفتاوى القاعدية هذا اذا غلب على ظنه صدقه وهو مما يحفظ (اختلف فى كون المصر شرطا لنفاذه وكون القسمة من اعماله) المصر شرط لنفاذ القضاء فى ظاهر الرواية وفى رواية النوادر ليس بشرط وكثير من مشايخنا رحمه الله تعالى اخذوا برواية النوادر باعتبار الحاجة ولو امر رجلا بالقسمة فى الرستاق جاز باتفاق الروايات لان القسمة ليست من اعمال القضاء وكذا اذا خرج الى القرى ونصب قيما فى امور الصغار او الوقف او نكاح الصغار كذا حكى فتوى ظهير الدين المرغينانى لانه ليس بقضاء ولا من اعمال القضاء قال فى الفصل الحادى والثلاثين من شهادات المحيط ان هذا مشكل عندى لان القاضى انما يفعل ذلك بولاية القضاء الا يرى انه لو لم يؤذن له بذلك لم يملك فكان من جملة القضاء (اخذ القضاء برشوة لا ينفذ حكمه) (قال فى العمادية القاضى اذا اخذ القضاء برشوة هل يصير قاضيا اختلف فيه المشايخ والصحيح انه لا يصير قاضيا ولو قضى لا ينفذ قضاؤه (وان كان عدلا ففسق بأخذها يستحق العزل) لوجود سبب الاستحقاق (وقيل ينعزل) لان المقلد اعتمد عدالته فلم يرض بقضائه بدونها

﴿ كتاب القضاء ﴾ (قوله وشرعا الزام الغير ببينة او اقرار) اطلاقه فى جانب الاقرار فيه تسامح لانه مع الاقرار اعانة للمدعى لا قضاء لانه كما سيذكر فصل الخصومة ولا خصومة مع الاقرار لان الزامه لنفسه فوق الزام القاضى فلا يحتاج لالزامه (قوله وهو انما يكون به) يعنى القضاء انما يكون بالالزام وقال الزيلعى القضاء افضل العبادات وبه امر كل نبى وقال فى البدائع نصب القاضى فرض ونصب الامام الاعظم فرض بلا خلاف بين اهل الحق ولا عبرة بخلاف البعض القدرية لاجماع الصحابة رضى الله عنهم على ذلك (قوله ولا تقبل لما ذكر) يعنى من قلة المبالاة فالنهى الايجاب بمعنى يجب عدم قبول شهادته لكن لو قبل صح الحكم بها وكان القاضى آثما (قوله المصر) شرط لنفاذ القضاء فى ظاهر الرواية وفى رواية النوادر ليس بشرط ذكره شمس الائمة وروى ابو يوسف فى الاملاء ان المصر ليس بشرط ويبتنى على هذا مسئلتان احداهما ان كتاب قاضى الرستاق الى القاضى هل يصح فعلى ظاهر الرواية لا يصح لانه بنقل ولاية القضاء وهو ليس بقاض وعلى رواية النوادر يصح وقد قيل على هذه الرواية ايضا لا يصح لانه لا حاجة والثانية اذا علم القاضى فى الرساتيق بحادثة ثم اراد ان يقضى بذلك العلم فعلى ظاهر الرواية على الاختلاف الذى علم قبل تقلد القضاء اهـ كذا فى الصغرى وقدم المصنف رحمه الله تعالى فى كتاب الدعوى ان المصر شرط لجواز القضاء فى ظاهر الرواية فطريقه ان يبعث واحدا من اعوانه حتى يسمع الدعوى والبينة ويقضى ثم بعد ذلك يمضى قضاءه اهـ (قوله وكثير من مشايخنا اخذوا برواية النوادر) قال شمس الائمة السرخسى كثير اخذوا برواية النوادر ان المصر ليس بشرط لنفوذ القضاء باعتبار الحاجة فانه اذا خرج القاضى الى الحدود المدعى عليه وسمع الدعوى ثمة واراد ان يقضى هناك كيف لا تصح هذه الجملة فى شرح ادب القاضى كذا فى الصغرى ﴿ تنبيه ﴾ اذا قلد السلطان انسانا قضاء بلدة كذا لا يدخل فيه القرى ما لم يكتب فى منشوره البلدة والسواد فى باب القاضى يقضى (قوله قال) بعلمه ما يدل على هذا كذا فى الصغرى اهـ وبه جزم فى فصول العمادى (قوله اخذ القضاء بالرشوة لا ينفذ حكمه) كان الاولى ان يقول لا يصير قاضيا كما ذكره شرحا (قوله وان كان عدلا ففسق بأخذها يستحق العزل) يعنى وجب على السلطان عزله (قوله وقيل ينعزل) اى بمجرد الفسق واختاره الكرخى والطحاوى وعلى الرازى صاحب ابى يوسف وهو اختيار حسن لعدم ائتمان الناس على حقوق الناس

(قوله وقال قاضيخان) حكاه عنه صاحب البرهان ثم قال وقيل ينفذ فيما ارتشى فكان القاضي فخر الدين لم يعتبر هذا القيل واعتبر قول الاكثر فحكى الاجماع في عدم نفوذه فيه وقال بعض مشايخنا ان قضاياه فيما ارتشى وفيما لم يرتش باطلة ولو ارتشى ولد القاضي او كاتبه او بعض اعوانه فان كان بامره ورضاه كان كارتشائه بنفسه فيكون قضاؤه مردودا وان كان بغير علمه نفذ قضاؤه وكان على المرتشي رد ما قبض اه (قوله وفهمه) يعني ينبغي ان يوثق به (٤٠٥) في فهمه عند الخصومة فيجعل سمعه وفهمه وقلبه الى كلام الخصمين لانه اذا لم يفهم كلامهما يضيع الحق وينبغي ان لا يكون قلقا ولا ضجراء ولا غضبان ولا جائعا ولا عطشان ولا ممتلئا ولا ماشيا وقت القضاء كما في البدائع (قوله ولا يطلب القضاء) فان طلب لا يولى (قوله ولا يكون فظا سيء الخلق غليظا قاسيا جبارا عنيدا) يعني فيكون شديدا من غير عنف لينا من غير ضعف فمن كان اعرف واقدر واوجه واهيب واصبر على ما اصابه من الناس كان اولى (قوله وان امن لا يكره) قال في البدائع اذا عرض القضاء على من يصلح له من اهل البلدان كان في البلد عدد يصلحون للقضاء لا يفترض عليه القبول بل هو في سعة من القبول والترك ثم اذا جاز له الترك والقبول اختلفوا في ايهما افضل فاما اذا لم يصلح له الا رجل واحد فانه يفترض عليه القبول اذا عرض عليه اه (قوله وقيل يكره بلا اكراه لقوله صلى الله عليه وسلم الخ) احتج الفريق الاول بصنع الانبياء والرسل صلوات الله وسلامه عليهم وصنع الخلفاء الراشدين والصالحين لان لنا بهم قدوة ولان القضاء بالحق اذا اريد به وجه الله تعالى يكون عبادة خالصة بل هو افضل العبادات قال النبي صلى الله عليه وسلم عدل ساعة خير من عبادة ستين سنة والحديث محمول على القاضي الجاهل او العالم الفاسق او الطالب الذي لا يأمن على نفسه الرشوة فيخاف ان يميل اليها توفيقا بين الدلائل اه (قوله ويجوز تقلده من الجائر) انما يجوز التقلد منه اذا مكنه من القضاء بحق اما اذا لم يمكنه فلا لان المقصود لا يحصل بالتقلد منه (قوله فان تقلد طلب ديوان قاض قبله) قال الزيلعي ويبعث عدلين من امنائه او عدلا واحدا والاثنان احوط ليقبضا ديوان المعزول بحضرته او بحضرة امينه ويسألان المعزول شيئا فشيئا لكشف الاشكال عنهما ويضعان كل شيء في خريطة بمفرده اه

وقال قاضيخان اجمعوا انه اذا ارتشى لا ينفذ قضاؤه فيما ارتشى (وينبغي ان يكون موثوقا به في عفافه) وهو الاحتراز عن الحرام (وعقله وصلاحه وفهمه وعلمه بالسنة) وهي ما يروى عن النبي صلى الله عليه وسلم (والآثار) وهي ما يروى عن الاصحاب رضوان الله تعالى عليهم اجمعين (ووجوه الفقه) اي مسائل متعلقة باحكام الوقائع (والاجتهاد شرط الاولوية) لا الجواز (كذا المفتي) يعني ينبغي ان يكون موصوفا بالصفات المذكورة ولا يشترط فيه ايضا الاجتهاد (ولا يطلب القضاء) اي بالقلب (ولا يسأل) اي باللسان لقوله صلى الله عليه وسلم من سأل القضاء وكل الى نفسه ومن اجبر عليه نزل عليه ملك يسدده اي يلهمه الرشد ويوفقه للصواب (ويختار الاقدر والاولى) اي ينبغي للمقلد ان يختار للقضاء من هو اقدر واولى به (ولا يكون فظا غليظا جبارا عنيدا) لانه خليفة رسول الله صلى الله عليه وسلم في القضاء قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من قلد غيره عملا وفي رعيته من هو اولى به منه فقد خان الله تعالى ورسوله وخان جماعة المسلمين وعمل القضاء من اهم امور الدين واعمال المسلمين (ويكره التقلد) اي اخذ القضاء (لمن خاف الحيف) اي الظلم والجور على غيره وان امن منه لا يكره وقيل يكره بلا اكراه لقوله عليه الصلاة والسلام من ابتلي بالقضاء فكانما ذبح بغير سكين وقيل قد ازدراء بعض القضاة وقال كيف يكون هكذا ثم دعا في مجلسه بمن يسوي شعره فجعل الحلاق يحلق بعض اشعار ذقنه فعطس فاصاب الموسى حلقه والقى رأسه بين يديه كذا في الكافي ويجوز تقلده من الجائر كما يجوز من العادل لان الصحابة رضي الله عنهم تقلدوا القضاء من معاوية بعد ان اظهر الخلاف لعلي كرم الله وجهه مع ان الحق كان مع علي وتقلدوا من يزيد مع فسقه وجوره والتابعون تقلدوا من الحجاج مع كونه اظلم زمانه (و) من (اهل البغي) قال في العمادية التقلد من اهل البغي يصح او بمجرد استيلاء الباغي لا ينعزل قضاة العدل ويصح عزل الباغي لهم حتى لو انهزم الباغي بعد ذلك لا تنفذ قضاياهم بعده ما لم يقلدهم السلطان العدل (فان تقلد طلب ديوان قاض قبله) وهي الخرائط التي فيها نسخ السجلات والصكوك ونحو ذلك لان القاضي يكتب نسختين احدهما تكون في يد الخصم والاخرى في ديوان القاضي اذ ربما يحتاج اليها لمعنى من المعاني وما في يد الخصم لا يؤمن عليه من الزيادة والنقصان ثم الورق الذي كتب عليه القاضي المعزول هذه النسخ ان كان من بيت المال يجبر على دفعه لانه انما كان في يده لعمله وقد صار العمل لغيره وكذا اذا كان من ماله او مال الخصوم في الصحيح لانه ما اتخذه للتمول بل للتدين

(قوله اى بأمر مناديا ينادى عليه كل يوم) لو قال ينادى عليه اياما كما فعل الزيلعى لكان اولى كما هو ظاهر (قوله لا بقول المعزول الا ان يقر ذو اليد بالتسليم منه) اى فيقبل اقرار القاضى الا اذا بدأ صاحب اليد بالاقرار لغيره ثم اقر بتسليم القاضى اليه والقاضى يقر به لغيره فيسلم الى المقر له الاول ويضمن المقر قيمته للقاضى باقراره الثانى وتمامه فى التبيين (قوله وجلس للحكم فى مسجد والجامع اولى) يعنى اذا كان وسط البلد وان كان فى الطرف يختار الجلوس وسط البلد ولا بأس بان يقعد فى الطريق مالم يضيق على المارة ولا يجلس وحده لانه يورث التهمة وان جلس وحده لا بأس به ان كان عالما بالقضاء وان كان جاهلا يستحب له ان يقعد معه اهل العلم قريبا منه للمشورة وكذا اهل العدل للشهادة عليه بخلاف الاعوان حيث يكونون بعيدا عنه لاجل الهيبة اه واطلقه فى البدائع عن قيد الجهل فقال من آداب القضاء ان يجلس معه جماعة من اهل الفقه يشاورهم ويستعين برأيهم فيما يحتاج اليه لقوله تعالى وشاورهم فى الامر ينبغى ان يجلس معه من يوثق بدينه وامانته ليهديه الى الحق والصواب اذا رجع اليه ولا ينبغى ان يشاورهم بحضرة الناس لاذهابه بمهابة المجلس واتهامه بالجهل ولكن يقيم الناس ثم يشاورهم او يكتب فى رقعة او يكلمهم بلغة لا يفهمها الخصمان وهذا اذا لم يدخله حصر باجلاسهم عنده ولا يعجز عن الكلام بين ايديهم فان كان لا يجلسهم فان اشكل عليه حادثة بعث اليهم (قوله لا الدعوة الخاصة) هذا فى دعوة الاجنبى وفى دعوة القريب يجيبها ذكره الخصاف بلا خلاف وذكر الطحاوى انه على قولهما لا يجيب الخاصة للقريب وعلى قول محمد يجيب وانما لا يجيب الدعوة الخاصة للاجنبى اذا لم يتخذ الدعوة لاجله قبل القضاء وعلى هذا لا فرق بينها وبين الهداية كذا فى التبيين وقال فى البرهان واجاز له (له) محمد حضور دعوة قريبه الخاصة كالعامة وابو حنيفة وابو يوسف منعاه منها لمكان التهمة واصح ماقيل فى الفرق بين الخاصة والعامة ان كل ما يمتنع صاحب الدعوة من اتخاذها اذا علم ان القاضى لا يجيب فهى الخاصة والا فهى العامة (قوله ويعود مريضا) هذا اذا لم يكن له ولا عليه دعوى وكذا الجنازة كما فى البرهان (قوله اى لا يمازح احدهما الخ) اى فى مجلس الحكم كما اشار اليه وفى غيره لا يكثر منه وهو بالخيار فى بدئهما بالكلام وسكوته الى ان يبدأ به وهو احسن ولا يجمع بين النساء والرجال فى زحمة بل يجعل الرجال ناحية والنساء ناحية (قوله ولا يلقن الشاهد شهادته) اى يكره له ذلك عند ابى حنيفة ومحمد وهو قول ابى يوسف الاول كما فى البرهان

وكذا الخصوم تركوه فى يده فى عمله وقد انتقل العمل الى غيره (والزم محبوسا اقر بحق او قام عليه بينة) يعنى نظر فى حال المحبوسين لانه نصب ناظرا للمسلمين فمن اقر بحق او انكر فقامت عليه بينة الزمه اياه (ولا يقبل قول المعزول عليه الا ببينة) لانه صار كواحد من الرعايا وشهادة الواحد ليست بحجة خصوصا اذا كانت بفعل نفسه (والا) اى وان لم يقر ولم يقم عليهم بينة (نادى عليه) اى لم يعجل بتخليته حتى ينادى عليه اى بأمر مناديا ينادى كل يوم اذا جلس من كان يطلب فلان بن فلان المحبوس الفلانى بحق فليحضر حتى يجمع بينهما فاذا لم يظهر خصم اخذ منه كفيلا بنفسه (وخلاه) اى اطلقه (ونظر فى الودائع وغلات الوقف) التى وضعها المعزول فى ايدى الامناء (وعمل بالبينة او اقرار ذى اليد) لان كل ذلك حجة (لا بقول المعزول) لما مر (الا ان يقر ذو اليد بالتسليم منه) اذ ثبت باقراره ان اليد كانت للقاضى فيصح اقرار القاضى كأنه فى يده فى الحال لان من فى يده مال اذا اقر به لانسان يقبل اقراره (وجلس للحكم فى مسجد والجامع اولى) لانه اشهر مواضع البلدة (او) جلس (فى داره واذن) للناس (بالدخول فيها ويجلس معه من كان يجلس قبل) لان الجلوس فى داره وحده يورث التهمة (ورد) اى لم يقبل (هدية) لان قبولها يؤدى الى مراعاة المهدى (الا من ذى رحم محرم او ممن اعتاد مهاداته) اى لا يرد منهما (قدر ما يهد) اى جرت عادته قبل القضاء بمهاداته لان الاول صلة الرحم والثانى ليس للقضاء بل جرى على العادة (ان لم يكن لهما خصومة) اذ لو كانت لكان آكلا بقضائه (وشهد الجنازة) لانه من حقوق المسلم على المسلم (لا الدعوة الخاصة) وهى مالو علم المضيف ان القاضى لا يحضرها لا يتخذها لان الخاصة لاجل القضاء بخلاف العامة (ويعود مريضا) لانه ايضا من جملة الحقوق (ويسوى بين الخصمين جلوسا واقبالا) لقوله صلى الله عليه وسلم اذا ابتلى احدكم بالقضاء فليسو بينهم فى المجلس والاشارة والنظر (ولا يسار احدهما ولا يشير اليه ولا يلقنه حجة) للتهمة (ولا يضحك فى وجهه) لانه اغراء على خصمه (ولا يمزح مطلقا) اى لا يمازحهما ولا واحدا منهما ولا غيرهما لانه يزيل مهابة القضاء وهذا احسن مما قال فى الوقاية ولا يمزح معه لما قال فى الكافى ولا يمزح معه ولا مع غيره ولا يلقنه حجة للتهمة (ولا يلقن الشاهد شهادته) بان يقول

(قوله واستحسنه ابو يوسف) رجع اليه بعدما تولى القضاء (قوله فيما لا تهمة فيه) مثل ان يدعى الفاو خمسمائة والمدعى عليه ينكر خمسمائة وشهد الشاهد بألف فقال القاضى يحتمل انه ابرأه من الخمسمائة واستفاد الشاهد بذلك علما ووفق فى شهادته كما وفق القاضى فانه يجوز بالاتفاق كما فى البرهان (قوله والاحسن ماذكره هنا كما قال الزيلعى) كان ينبغى للمصنف ان يذكر ما قاله الزيلعى بعده والصواب لا يحبسه فيهما اى فى صورتى لزوم المال بعقد او مبادلة اذا طلب المدعى ذلك حتى يسأله فان اقر ان له مالا امره بالدفع فان ابى حبسه لظهور مطله وان انكر المال والمدعى يقول له مال فالقاضى يقول للمدعى الك بينة ان له مالا فان اقام البينة ان له مالا امره بالدفع فان ابى حبسه وان عجز عن البينة والمدعى يدعى ان له مالا وهو ينكر كان القول قول المدعى عليه فيما ذكر فى المختصر اه ﴿تنبيه﴾ هذا فى غير دين الولد والاجداد والجدات وان علوا ومولى المأذون ان لم يكن مديونا كما فى التبيين (قوله ودين الكفالة) هذا اذا لم يكن كفيلا عن اصل كتكفيل ام فلا يحبس لما يلزم من القول بحبسه ان يحبس الكفيل الام ولا يجوز وللنافيه رسالة (قوله ثم يسأل عنه) قال شيخ الاسلام سؤال القاضى عن حاله بعد الحبس احتياط ليس بواجب لان الشهادة بالاعسار شهادة بالنفى فكان للقاضى ان يعمل برأيه ولا يسأل ولكن لو سأل مع هذا كان احوط كذا فى التبيين (قوله ولم يمنع غرماءه عنه) هذا عند ابى حنيفة رحمه الله فيلازمونه ويأخذون فضل كسبه لعدم تحقق القضاء بالافلاس عنده اذ المال غاد ورائح ولان وقوف الشهود على عسرته من حيث الظاهر فيصلح لدفع الحبس عن المديون لا لابطال حق الغريم فى الملازمة ومنعه ابو يوسف ومحمد عنهما اى الملازمة واخذ فضل الكسب الى ان يقيم بينة انها كسب مالا كما فى البرهان وقول زفر كقولهما كما فى التبيين (قوله ولا يقبل بينته على الافلاس قبل حبسه) قال فى البرهان او راى ان يسأل عنه قبل مضى مدة الحبس كان له ذلك واما السؤال قبل الحبس وقبول بينة الاعسار فعن محمد تقبل وبه افتى محمد بن الفضل واسمعيل بن حماد بن ابى حنيفة وهو قول الشافعى ولا كثرانها لا تقبل قبل الحبس وهو قول مالك وهو الاصح فان بينة الاعسار بينة على النفى فلا تقبل حتى تتأيد بمؤيد وبعد مضى المدة تأيدت اه واقول ان يقول لو سمعها قبل الحبس ثم حبسه ولم يظهر له مال لامانع من اعتماده على ماسبق من الاخبار ويؤيده ماقدمناه عن شيخ الاسلام اه وفى اطلاق البينة على الاخبار بحاله تسامح لما قال فى الصغرى خبر الواحد العدل الثقة يكفى والاثنان احوط ولا يشترط لفظ الشهادة اه وكيفية الاخبار ان يقول ان حاله حال المعسرين فى نفقته وكسوته وحاله ضيقة وقد اختبرنا حاله فى السر والعلانية كما فى التبيين ﴿تنبيه﴾ قال فى البرهان لو طلب المديون يمين المدعى انه مايعلم انه معسر حلف فان نكل اطلقه ولو قبل الحبس وان حلف حبسه اه ومثله

له أنشهد بكذا وكذا لانه اعانة لاحد الخصمين فيكره كتلقين الخصم (واستحسنه ابو يوسف فيما لا تهمة فيه) لان الشاهد قد يحصر لمهابة المجلس فكان تلقينه احياء للحق بمنزلة احضار الخصم والتكفيل (واذا ثبت الحق على الخصم باقراره او بينة امره) اى القاضى المقر (بدفعه) اى دفع الحق (فان ابى) اى امتنع عن الدفع (حبسه) بشرط الاباء بعد امره ولم يفرق بين ما اذا ثبت الحق عليه ببينة او اقرار وفرق بينهما فى الهداية فقال اذا ثبت بالبينة يحبسه كما ثبت لظهور المطل بانكاره وان ثبت باقراره لم يعجل بحبسه لانه لم يعرف كونه مماطلا فى اول الوهلة فلعله طمع فى الامهال فلم يستصحب المال فاذا امتنع بعد ذلك حبسه لظهور مطله ومثله حكى عن الصدر الشهيد والمحكى عن شمس الائمة عكسه لانه اذا ثبت بالبينة يعتذر بقوله ماعلمت ان له على دينا الا الساعة فاذا علمت قضيته ولا يأتى ذلك فى الاقرار والاحسن ماذكر هنا كما قاله الزيلعى (قدر ما يرى) اختلف فى تقدير مدة الحبس والصحيح انه مفوض الى رأى القاضى لان الحبس للايذاء واحوال الناس فيه متفاوتة (بطلب ذى الحق) متعلق بقوله حبسه وكذا قوله (فيما لزمه) متعلق به (بدلا عن مال حصل له كثمن مبيع او قرض او التزمه بعقد كالمهر المعجل وبدل الخلع ودين الكفالة) لان المال اذا حصل فى يده ثبت غناه به واقدامه على التزامه باختياره دليل يساره (وفى غيرها) من الديون (لا) اى لا يحبس (ان ادعى الفقر) اذ لا دليل على اليسار (الا ان يثبت غريمه غناه فيحبسه قدر ما رآه) كما مر لان دليل اليسار اذا لم يوجد كان القول لمن عليه الدين وعلى المدعى اثبات غناه فيحبسه (ثم يسأل عنه فان لم يظهر له مال اطلقه) فنظرة الى ميسرة فحبسه بعده يكون ظلما (ولم يمنع غرماءه عنه) لان ثبوت حقه عليه لا يمنع طلب الآخر حقه منه ولا يقبل بينة على افلاسه قبل حبسه) لانها بينة على النفى فلا تقبل مالم تتأيد بمؤيد وهو الحبس وبعده تقبل على سبيل الاحتياط (وبينة اليسار اولى) يعنى اذا قام المدعى بينة على اليسار والمدعى عليه على الاعسار فبينة اليسار اولى لانه عارض والبينة للاثبات (وابد حبس الموسر) لان الحبس جزاء الظلم فاذا

في الصغرى الا انه قال وان حلف ابدا الحبس في ادب القاضي لشمس الائمة الحلواني اهـ وفي الطلاق التأبيد تسامح كما لا يخفى انه لتعرف حاله بحسب ما رآه القاضي (قوله لا يحبس لنفقة ماضية لزوجته وولده) كذا كل دين غيرها او لده كما ذكرنا وكذا الكسوة الماضية المقررة للمرأة لانها ليست واجبة بعقد وهي من النفقة وهي حادثة حال (قوله بل في الانفاق ﴿٤٠٨﴾ عليهما اذا ابى من الانفاق) قال الكمال يحبس كل من وجبت عليه النفقة فأبى من الانفاق ابا كان او اما او جدا اهـ ﴿تنبيه﴾ وهل يحبس من امتنع من الانفاق على من وجب عليه نفقة قريب محرم له فلينظر ﴿تتمة﴾ لا يحبس في الدين المؤجل وكذا لا يمنع من السفر قبل حلول الاجل سواء بعد محله او قرب لانه لا يملك مطالبته قبل حل الاجل فلا يملك منعه ولكن له ان يخرج معه حتى اذا حل الاجل منعه من المضي في سفره الى ان يوفيه دينه كما في البدائع (قوله فانه يستخلف في الصلاة من سمع الخطبة) ليس على الاطلاق لما قال الزيلعي ان احدث قبل الشروع في الجمعة لم يجز له ان يستخلف الا من شهد الخطبة وان كان شرع فيها جاز ان يستخلف من لم يدرك الخطبة وقدمناه في باب الجمعة عن الكمال (قوله ولا ينعزل اي نائب القاضي بخروجه اي القاضي عن القضاء) حكى في الاشباه والنظائر خلافا في المسئلة ومن قال بعدم انعزاله بخروج القاضي عن القضاء لكونه نائبا عن الاصل فيدل على ان النواب الآن ينعزلون بعزل القاضي وموته لانهم نواب القاضي من كل وجه فهو كالوكيل مع الموكل ولا يفهم احد الآن انه نائب السلطان ولهذا قال العلامة ابن الغرس ونائب القاضي في زماننا ينعزل بعزله وبموته فانه نائبه من كل وجه اهـ

امتنع من اداء الحق مع القدرة عليه ظهر ظلمه فيجازى بتأبيد حبسه (لا يحبسه لنفقة ماضية لزوجته وولده) لانها تسقط بمضي الزمان وان لم تسقط بان حكم الحاكم بها او اصطلح الزوجان عليها فلا يحبس ايضا لانها ليست بدل عن مال ولا لزمته بعقد على ما ذكرنا (بل) يحبس (في الانفاق عليهما اذا ابى) من الانفاق لان النفقة لحاجة الوقت وفي تركه قصد اهلاكهما فيحبس لدفع هلاكهما (تقضي المرأة في غير حد وقود) لما مر ان القضاء يستقى من الشهادة وشهادتها جائزة في غيرهما فكذا قضاؤها فيه ولا يجوز فيهما لما فيها من شبهة البدلية (ولا يستخلف قاض) اي لا ينصب نائبا لان المفوض اليه القضاء لا التقليد ولا يتصرف في غير ما فوض اليه كالوكيل لا يوكل بلا اذن الموكل (الا اذا فوض) اي الاستخلاف (اليه) بان قيل له من قبل السلطان اول من شئت (بخلاف المأمور باقامة الجمعة) وهو الخطيب (فانه يستخلف في الصلاة للضرورة) لكونها على شرف الفوات فلو لم يجز لفاتت الجمعة (من سمع الخطبة) مفعول يستخلف وقد مر تحقيقه في باب صلاة الجمعة وفرع على قوله الا اذا فوض اليه بقوله (فنائب القاضي المفوض اليه نائب عن الاصل) يعني السلطان (فلا يعزله) اي اذا كان نائبا عن الاصيل لا يعزله القاضي (الا اذا فوض اليه) بان قيل له من قبل السلطان استبدل من شئت فحينئذ يجوز له العزل (ولا ينعزل) اي نائب القاضي (بخروجه) اي القاضي (عن القضاء) هذا ايضا فرع على ما قبله (ونائب غيره) اي نائب غير المفوض اليه (ان قضى عنده او اجازه) اي لم يقض عنده لكنه سمع انه قضى في غيبته واجازه (صح) قضاؤه لان المقصود حضور رأي الاول وقد وجد (يمضي حكم قاض آخر) يعني اذا رفع اليه حكم قاض امضاه اذا كان مجتهدا فيه (لا ما خالف الكتاب او السنة المشهورة او الاجماع) اذ لا مزية لاحد الاجتهادين على الآخر وقد تأيد الاول باتصال القضاء به فلا ينقض بما دونه فلو قضى قاض بشاهد ويمين المدعي او بثبوت حل الوطء بمجرد النكاح في مطلقة الثلاث او بجواز بيع متروك التسمية عمدا او بجواز بيع درهم بدرهمين لا ينفذ اما الاول فلمخالفته الكتاب لانه تعالى قال واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان هذا انما يذكر لقصر الحكم عليه ولانه قال ذلك ادنى ان لا ترتابوا ولا مزيد على الادنى واما الثاني فلانه مخالف للحديث المشهور وهو حديث العسيلة واما الثالث فلانه مخالف لما اتفقوا عليه في الصدر الاول فكان قضاؤه بخلاف الاجماع واما

(الرابع) (قوله ونائب غيره ان قضى عنده او اجازه صح) يعني ان صلح النائب قاضيا كان لا يكون رقيقا ولا محدودا في قذف (قوله يمضي حكم قاض آخر) قالوا شرطه ان يكون عالما باختلاف العلماء حتى لو قضى في فصل مجتهد فيه وهو لا يعلم بذلك لا يجوز قضاؤه عند عامتهم ولا يمضيه الثاني ذكره في النهاية معزيا الى المحيط وقال شمس الائمة هذا هو ظاهر المذهب كذا في التبيين (قوله ولانه قال ذلك ادنى ان لا ترتابوا) كذا في نسخ وليس التلاوة فانها ذلكم اقسط عند الله واقوم للشهادة وادنى ان لا ترتابوا وفي بعض النسخ ولانه قال وادنى ان لا ترتابوا ولا اعتراض عليها

الرابع فلان الخلاف فيه منقول عن ابن عباس رضى الله عنهما فقد انكر عليه الصحابة فلا يعتبر خلافه كذا فى الكافى وقد فرع على قوله يمضى حكم قاض آخر بقوله (فان امضى) جزاء هذا الشرط قوله الآتى نفذ (قضاء من حد فى قذف وتاب او) قضاء (الاعمى او) قضاء (امرأة) قوله (بحد او قود) متعلق بقوله قضاء (او) قضاء (قاض لامرأته و) قاض (بشهادة المحدود التائب و) شهادة (الاعمى و) قاض (لامرأة بشهادة زوجها و) قاض (بحد او قود بشهادتها) اى بشهادة امرأة (نفذ) امرأة لان كلا منها مجتهد فيه ولم يخالف ما ذكر (حتى او ابطله ثان نفذه ثالث) لان الاجتهاد الاول كالثانى والاول تأيد باتصال القضاء به فلا ينقض باجتهاد لم يتأيد به لانه دونه والقضاء حق الشرع يجب صيانته ومن صيانته ان يلزم ولا يعترض عليه (واما قضاء عبد وصبى مطلقا) اى سواء كان على مسلم او كافر (و) قضاء (كافر على مسلم فلا ينفذ ابدا) لانتفاء اهلية الشهادة فيهم عليه (يوم الموت لا يدخل تحت القضاء بخلاف يوم القتل) يعنى اذا ادعى رجل ان اباه مات فى يوم كذا وقضى به فادعت امرأة ان الميت تزوجها بعد ذلك اليوم تسمع ويقضى بالنكاح ولو ادعى قتله فيه وقضى به لم تسمع دعواها النكاح بعده كذا اذا ادعى ان فلانا مات وترك هذا ميراثا لامى وماتت وتركت ميراثا لى وقضى له بالبينة فقال المدعى عليه ان امك التى تدعى الارث منها ماتت قبل فلان الذى تدعى انه مات اولا واقام البينة لم يصح الدفع وسره ان القضاء بالبينة عبارة عن رفع النزاع والموت من حيث انه موت ليس محلا للنزاع ليرتفع باثباته بخلاف القتل فانه من حيث هو هو محل للنزاع كما لا يخفى (القضاء بحل او حرمة بشهادة زور ينفذ ظاهرا او باطنا اذا ادعاه بسبب معين) يعنى العقود كالبيع والشراء والاجارة والنكاح والفسوخ كالاقالة والفرقة بطلاق ونحوه فانه ينفذ فيها عند ابى حنيفة ظاهرا وباطنا وعند الباقين ينفذ ظاهرا لا باطنا (بخلاف الاملاك المرسلة) وهى التى لم يذكر فيها سبب معين فانهم اجمعوا انه ينفذ فيها ظاهرا لا باطنا لان الملك لا بد له من سبب وليس بعض الاسباب اولى من البعض لتزاحمها فلا يمكن اثبات السبب سابقا على القضاء بطريق الاقتضاء وفى النكاح والشراء يقدم النكاح والشراء تصحيحا للقضاء وفى الهبة والصدقة روايتان عن ابى حنيفة والمراد بالنفاذ ظاهرا ان يسلم القاضى المرأة نفسها الى الرجل ويقول سلمى نفسك اليه فانه زوجك وبالنفاذ باطنا ان يحل له وطؤها ويحل لها التمكين فيما بينها وبين الله تعالى لهم ان شهادة الزور حجة ظاهرا لا باطنا فينفذ القضاء كذلك لان القضاء ينفذ بقدر الحجة وله ماروى ان رجلا ادعى على امرأة نكاحا بين يدى على رضى الله عنه واقام شاهدين وقضى بالنكاح بينهما فقالت ان لم يكن بد يا امير المؤمنين فزوجنى منه فقال على شاهداك زوجاك ولو لم ينعقد العقد بينهما بقضائه لما امتنع من تجديد النكاح عند طلبها ورغبة الزوج فيها وقد كان فى ذلك تحصينها من الزنا وكان الشهود زورا بدليل القصة (القضاء فى مجتهد فيه) الباء فى قوله (بخلاف رأيه) متعلق بالقضاء المراد بخلاف الرأى خلاف اصل المذهب كالحنفى اذا حكم على مذهب الشافعى او نحوه او بالعكس واما

(قوله ينفذ فيها عند ابى حنيفة ظاهرا وباطنا وعند الباقى ينفذ ظاهرا لا باطنا) المراد بالباقين الصاحبان والائمة الثلاثة وقال فى البرهان وقضاؤه بشهادة الزور فى العقود والفسوخ نافذ ظاهرا وباطنا عند ابى حنيفة وقصراه على الظاهر كما فى الاملاك المرسلة وعليه الفتوى وانما كانت الفتوى على قولهما لظهور ادلتهما بالنسبة الى دليله وان بالغ صاحب المبسوط فى توجيهه فى كتاب الرجوع من الشهادة وتبعه فى ذلك بعض شراح الهداية اه

(قوله ولو عامدا ففيه روايتان الخ) الخلاف ثابت على الصحيح وفي خزانة الاكمل عن شرح الجامع الكبير ان هذا بلا خلاف بين اصحابنا كذا في شرح المنظومة لابن الشحنة وقال الكمال لو قضى في المجتهد فيه ناسيا لمذهبه مخالفا لرأيه نفذ عند ابي حنيفة رواية واحدة وان كان عامدا ففيه روايتان وعندهما لا ينفذ في الوجهين اي وجه النسيان والعمد والفتوى على قولهما وذكر في الفتاوى الصغرى ان الفتوى على قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى فقد اختلف في الفتوى والوجه في هذا الزمان ان يفتى بقولهما لان التارك لمذهبه عمدا لا يتركه الا لهوى باطل لا لقصد جميل واما الناسي فلان المقلد ما قلده

الا ليحكم بمذهبه لا بمذهب غيره هذا كله في القاضي المجتهد فاما المقلد فانما ولاه ليحكم بمذهب ابي حنيفة رحمه الله تعالى فلا يملك المخالفة فيكون معزولا بالنسبة الى ذلك الحكم اهـ ونقل هذا في البرهان عن الكمال ثم قال وهذا صريح الحق الذي يعض عليه بالنواجذ اهـ ﴿فائدة﴾ اليمين المضافة اذا فسخت بعد التزوج لا يحتاج الى تجديد العقد ولو وطئها الزوج بعد النكاح قبل الفسخ ثم فسخ حكى عن برهان الائمة يكون الوطء حلالا كما في الفتح (قوله لا تقبل بينتها في الاصح) احتراز عن قول من قال انه تقبل في الشرط ايضا ومنهم علي البزدوي (قوله واما اذا قضى على غائب فقيل ينفذ وقيل لا) قدم المصنف رحمه الله تعالى في باب خيار العيب ان القضاء على الغائب من غير خصم ينفذ في اظهر الروايتين عن اصحابنا اهـ وقال الكمال بعد حكاية الخلاف في النفاذ والذي يقتضيه النظر ان نفاذ القضاء على الغائب موقوف على امضاء قاض لان نفس القضاء هو المجتهد فيه فهو كقضاء المحدود في قذف ونحوه وحيث قضى على غائب فلا يكون من اقرار عليه اهـ (قوله التركة الخ) اقول في الفصل الثالث من العمادية ان المأذون المديون لا يبيعه القاضي الا بحضرة مولاه اهـ فكذلك لا تباع التركة المستغرقة (لذكر) الا بحضرة الورثة لما لهم من حق امساكها وقضاء الدين من مالهم والجامع بين المسئلتين تعلق الحق للوارث كالمولى (قوله يقرض مال الوقف والغائب واليتيم) يعني من ملئ يؤتمن ولا يخاف منه الجحود وينبغي للقاضي ان يتفقد احوال الذين اقرضهم مال الايتام حتى لو اختل حال احد منهم اخذ منه المال لان القاضي وان كان قادرا على الاستخلاص لكن انما يقدر من الغني لا من الفقير الا يرى انه ليس له ان يقرض المعسر ابتداء فكذا ليس له ان يتركه عنده انتهاء كذا في التبيين

اذا حكم الحنفي بما ذهب اليه ابو يوسف او محمد او نحوهما من اصحاب الامام فليس حكما بخلاف رأيه (لو) كان قضاؤه (ناسيا مذهبه نفذ عند ابي حنيفة ولو عامدا ففيه روايتان) وجه النفاذ انه ليس بخطأ بيقين (وعندهما لا ينفذ في الوجهين) لانه قضى بما هو خطأ عنده (قيل عليه الفتوى) قاله في الهداية (وقيل الفتوى على النفاذ فيهما) في الفتاوى الصغرى اذا قضى في محل الاجتهاد وهو لا يرى ذلك بل يرى خلافه ينفذ عند ابي حنيفة وعليه الفتوى كذا في الكافي (لا يقضي على غائب ولا له) لقوله صلى الله عليه وسلم لعلي رضي الله عنه لا تقض لاحد الخصمين حتى تسمع الآخر ولان القضاء لقطع المنازعة ولا منازعة هنا لعدم الانكار فلا يصح القضاء (الا بحضور نائبه حقيقة كوكيله ووصيه او شرعا كوصي القاضي او حكما بان يكون ما يدعى على الغائب سببا لما يدعى على الحاضر فينتصب الحاضر خصما عن الغائب) ويصير القضاء عليه كالقضاء على الغائب (كما اذا برهن على ذي يد انه اشترى المدعى من فلان الغائب فحكم على الحاضر كان حكما على الغائب) يعني ادعى عينا في يد غيره انه اشتراها من فلان الغائب واقام البينة على ذي اليد وقضى به ثم حضر الغائب وانكر ذلك لا يلتفت الى انكاره ولا يحتاج الى اعادة البينة لانه صار مقضيا عليه فان المدعي لا يتوسل الى اثبات حقه على الحاضر الا باثباته على الغائب (ولو) كان ما يدعيه على الغائب (شرطا لما يدعيه على الحاضر (لا) اي لا يكون الحكم على الحاضر حكما على الغائب (اذا كان فيه ابطال حق الغائب) كمن قال لامرأته ان طلق فلان امرأته فانت طالق فاقامت زوجة الحالف بينة ان فلانا طلق امرأته ووقع الطلاق عليها لا تقبل بينتها في الاصح لان فيه ضررا على الغائب لابطال نكاحه بخلاف ما لو لم يتضمن ضررا كما لو علق طلاقها بدخول فلان الدار فانه تقبل لعدم تضمنه ابطال حق الغائب وههنا زيادة تفصيل ذكرت في المنية لمن ارادها فلينظر فيها (واما اذا قضى عليه) اي الغائب متعلق بقوله لا يقضي على غائب (فقيل ينفذ وقيل لا) قال في العمادية الحكم على الغائب ينفذ عند الشافعي وينفذ عندنا في احدى الروايتين (التركة اذا استغرقت بالدين فولاية البيع للقاضي لا للورثة) اذ لا ملك للورثة فيها فلا يكون لهم ولاية البيع (يقرض) اي القاضي (مال الوقف والغائب واليتيم ويكتب) اي الصك

لذكر الحق (لا الاب والوصى) اى لايقرض الاب مال ابنه ولا الوصى مال اليتيم والفرق ان فى الاقراض مصلحتهم ابقاء الاموال محفوظة مضمونة والقاضى يقدر على التحصيل بخلاف الاب والوصى (قضى بالجور متعمدا او اقربه فالعزم عليه فى ماله ولو) قضى بالجور (خطأ فعلى المقضى له) كذا فى التاترخانية والواقعات للصدر الشهيد (حكما) اى جعل الخصمان بينهما حكما (من صلح قاضيا) اى لم يتصف بما ينافى القضاء (فحكم بينهما ببينة او اقرار) معنى الحكم بالبينة رفع النزاع بينهما بها ومعنى الحكم بالاقرار الالزام على المقر بموجبه ذكره فى النهاية (او نكول فى غير حد او قود او دية على العاقلة ورضيا) بحكمه (صح) الاصل ان حكم المحكم بمنزلة الصلح فما يجوز استيفاؤه بالصلح يجوز التحكيم فيه وما لا فلا واستيفاء الحدود والقود والدية لايجوز بالصلح فلا يجوز التحكيم فيها (ولا يفتى به) اى بصحته (فى غير ما ذكر) لئلا يتجاسر العوام فيه (كذا) اى صح (اخباره باقرار احد الخصمين وبعدالة شاهد حال ولايته) اى بقاء تحكيمهما (لا) اى لايصح اخباره (بحكمه) لانقضاء ولايته كالقاضى المعزول اذا قال قضيت عليك بكذا (ولكل منهما الرجوع قبل حكمه) لانه محكم من جهتهما فيتوقف حكمه على رضاهما فان قيل التحكيم يثبت باتفاقهما فينبغى ان لايصح الاخراج الا باتفاقهما قلنا شرط وجود الشئ لايجب ان يكون بجميع اجزائه شرطا لبقاء ذلك الشئ كما فى البناء (لا بعده) اى لايصح الرجوع بعد حكمه لانه صدر عن ولاية عليهما كالقاضى اذا قضى ثم عزل لايبطل قضاؤه (لايصح حكمه لابويه وولده وزوجته) كحكم القاضى المولى اذ لاتقبل شهادته لهم للتهمة فالاولى ان لايصح قضاؤه لهم (بخلاف حكمهما) اى المولى والمحكم (عليهم) حيث لايجوز لعدم التهمة فيه (وان حكما رجلين فلابد من اجتماعهما) حتى لو حكم احدهما بدون الآخر لم يجز لانه امر يحتاج فيه الى الرأى والرضا برأى المثنى فيما يحتاج فيه الى الرأى لايكون رضا برأى الواحد كما فى البيع والخلع ونحوهما (رفع حكمه الى المولى ان وافق مذهبه امضاه) اذ لا فائدة فى نقضه ثم فى احكامه (والا) اى وان خالف (ابطله) فرق بين هذا وبين ما اذا رفع الى القاضى قضية قاض آخر فانه لايرده وان خالف رأيه اذا كان ذلك فى فصل مجتهد فيه ووجهه ان المحكم له ولاية على المحكمين دون غيرهما والقاضى الذى رفع اليه حكمه غيرهما فلا يكون حجة عليه وكان كالصلح فله ان يرده اذا خالف رأيه واما القاضى فله ولاية على كل الناس فكان قضاؤه حجة فى حق الكل فلا يكون لهذا القاضى ان يرده اذا صادف القضاء محله بان يكون فصلا مجتهدا فيه (فائدة) اذا غاب المدعى عليه بعد ما سمع القاضى البينة عليه او غاب الوكيل بالخصومة بعد قبول البينة قبل التعديل او مات الوكيل ثم عدلت تلك البينة قيل لايقضى وقيل يقضى وقال شمس الائمة وهذا ارفق بالناس ولو اقر المدعى عليه غاب يقضى عليه باقراره فى قولهم وان غاب الوكيل او مات بعد ما قامت عليه البينة ثم حضر الموكل يقضى عليه بتلك البينة وكذا لو غاب الموكل ثم حضر الوكيل فانه يقضى عليه بتلك البينة وكذا لو مات المدعى عليه بعد ما قامت عليه البينة يقضى بها على

(قوله لاالاب) هذا على اظهر الروايتين كما فى التبيين وقال الرهاوى ولوكان الاب قاضيا لانه لايقضى لولده فتنتفى العلة المسوغة لجواز اقراضه وفى اخذه مال طفله قرضا روايتان قاله الزيلعى (قوله حكما من صلح قاضيا) يتناول تحكيم الفاسق والمرأة والكافر فى حق الكافر لانه اهل للشهادة فى حقه ولذا يجوز تقليده القضاء ليحكم بين اهل الذمة ذكره الزيلعى (قوله او قود) هذا على ماذكره الخصاف واجاز فى المحيط التحكيم فى القصاص ذكره الزيلعى والجوهرة عن الذخيرة (قوله ولايفتى به اى بصحته فى غير ماذكر لئلا يتجاسر العوام فيه) قال فى البرهان ولئلا يذهب مهابة منصب القضاء (قوله فان قيل الخ) اصله من كافى النسفى وتصرف فى الجواب بتغيير العبارة بما ادى الى تسمية الركن شرطا وبانعدام الركن يفوت الشئ لان تحكيم كل منهما ركن والاهلية شرط فقوله قلنا الخ المنفى اشتراط اجتماعهما على ابطال التحكيم فينفرد كل منهما بابطاله فقوله كما فى البناء متعلق بقوله لايجب فالنفى منصب عليه فلم يكن البقاء مشبها بالابتداء الذى سماه المصنف بناء لمباينته له ولم يأت محشى الكتاب الوانى بازيد مما قاله المصنف رحمهما الله تعالى (قوله شرطا لبقاء) اقول هذا تحريف من الناقل من خط المصنف وصوابه شرطا لانتفاء واوضحته برسالة (قوله ثم عدلت تلك البينة قيل لايقضى وقيل يقضى) جعل فى البسوط الاول قول محمد والثانى قول الثانى كذا بخط المرحوم العلامة على المقدسى (قوله وقال شمس الائمة وهذا ارفق بالناس) الاشارة الى قوله وقيل يقضى وفى شرح المنظومة لابن الشحنة وقال ابو يوسف يقضى عليه قاله وهو اختيار الخصاف وقال الحلوانى هو ارفق بالناس انتهى والله اعلم

الوارث وكذا لو قيمت البينة على احد الورثة ثم غاب يقضى بها على الوارث الآخر وكذا لو اقيمت البينة على نائب الصغير ثم بلغ الصغير يقضى بها عليه ولا يكلف باعادة البينة كذا فى الخانية

باب كتاب القاضى

قال فى الهداية باب كتاب القاضى الى القاضى ثم قال فان شهدوا على خصم حكم بالشهادة لوجود الحجة وكتب بحكمه وهو المدعو سجلا وقال فى النهاية المراد بالخصم والوكيل عن الغائب او المسخر الذى جعله وكيلا لاثبات الحق ولو كان المراد بالخصم هو المدعى عليه لما احتيج الى كتاب قاض آخر لان حكم القاضى قدتم على الاول اقول لا يخفى مافيه من التكلف والاحسن ان يقال ان قوله فان شهدوا على خصم ليس بمقصود بالذات فى هذا الباب بل توطئة لقوله وان شهدوا بغير خصم لم يحكم ونظائره كثيرة وترك ههنا قوله الى القاضى لان هذا الباب غير مختص به بل بين فيه السجل والمحضر والصك والوثيقة (شهدا على خصم حاضر حكم) اى القاضى (بها) اى بشهادتهما (وكتب به) اى بحكمه (وهو السجل) فى المغرب السجل كتاب الحكم وقد سجل عليه القاضى به فالسجل كتاب قاض ذكر فيه حكمه سواء كان منه الى قاض آخر او لا الثانى ظاهر والاول يكون فى صورة الاستحقاق فان المدعى عليه اذا كان محكوما عليه واراد الرجوع على بائعه وهو فى بلدة اخرى وطلب من القاضى ان يكتب حكمه الى قاضى تلك البلدة ليحصل حقه بكتبه القاضى ويكون ايضا سجلا لتضمنه الحكم (او) شهدا (على) خصم (غائب لم يحكم) بتلك الشهادة لما مر ان القضاء على الغائب لا يصح (وكتب بها) اى بتلك الشهادة (الى قاض) يكون الخصم فى ولايته (ليحكم المكتوب اليه وهو الكتاب الحكمى) سمى به لان المقصود به حكم المكتوب اليه (وكتاب القاضى الى القاضى نقل الشهادة حقيقة) لان مضمونه ذلك (ويقبل فيما لا يسقط بشبهة) احتراز عن الحد والقود لما سيأتى (كالدين) فانه يعرف بالقدر والوصف ولا يحتاج فيه الى الاشارة (والعقار) فانه يعرف بالتحديد ولا يحتاج فيه الى الاشارة (والنكاح) بان ادعى رجل نكاحا على امرأة او بالعكس واراد كتاب القاضى بذلك الى قاض آخر (والطلاق) بان ادعت طلاقا على زوجها (والعتاق والوصيه والنسب) من الحى والميت (والمغصوب والامانة والمضاربة المجحود تين والشفعة والوكالة والوفاة والقتل اذا كان موجبه المال) لما سيأتى انه لا يقبل فى القود (والوراثة) فان ذلك بمنزلة الدين (وكالمنقول فى المختار) انما قال فى المختار لما قيل انه لا يقبل فى الاعيان المنقولة كالثياب والعبيد والاماء ونحوها للحاجة الى الاشارة فيما ينقل عند الدعوى والشهادة وقال فى المحيط رجع ابو يوسف عن القول الاول وقال انه يقبل فى العبد لا الامة لان الاباق يغلب فى العبيد دون الاماء وعنه انه يقبل فيهما بشرائطه وعن محمد انه يقبل فى جميع ما ينقل وعليه المتأخرون قال القاضى الاسبيجابى وعليه الفتوى كذا فى الكافى (لا فى حد وقود) اى لا يقبل فيهما لان فيه شبهة البدلية عن الشهادة ولان مبناهما على الاسقاط وفى قبوله سعى

باب كتاب القاضى

(قوله لما مر ان القضاء على الغائب لا يصح) يعنى لا يحل او لا ينفذ لما قدمه من الاختلاف فى النفاذ (قوله ليحكم المكتوب اليه) يعنى ان وافق مذهبه لما قال الزيلعى ولو حكم به يعنى على الغائب حاكم يرى ذلك ثم نقل اليه نفذه بخلاف الكتاب الحكمى حيث لا ينفذ خلاف مذهبه لان الاول محكوم به فلزمه والثانى ابتداء حكم فلا يجوز له اه وهذا اذا كان بينهما مسافة بحيث لا يمكن ذهاب الشاهد وايابه فى يومه على المفتى به كما فى البرهان (قوله وهو نقل شهادة حقيقة) يشير الى ماقلناه ان المكتوب اليه يحكم برأيه وان خالف رأيه رأى الكاتب بخلاف السجل فانه ليس له ان يخالفه وينقض حكمه لانه لا يحتاج الى تعديل الشهود الذين شهدوا فى الحادثة وفى الشهادة على الشهادة لا بد من تعديلهم كما فى التبيين (قوله وعنه انه يقبل فيهما بشرائطه) هى ان يكلف المدعى انه كان له عبد آبق وهو اليوم فى يد فلان ويعرف العبد غاية التعريف كما ذكره الزيلعى

فى اثباتهما (وذكر) عطف على قوله وكتب بها (اسمه) اى اسم القاضى الكتاب (ونسبه واسم المكتوب اليه ونسبه واسماء الشهود وانسابهم وان كل واحد منهم شهد عقب الدعوى الصادرة عن فلان بن فلان) ولا يصح الاقتصار على قوله عقب الدعوى ولا يكفى ان يكتب عمن له ذلك (و) عقب (الاستشهاد) حتى اذا اشهد شاهد قبل الاستشهاد لا يقبل (شهادة صحيحة متفقة اللفظ والمعنى) قد مر فى كتاب الشهادة بيان المراد بالاتفاق لفظا ومعنى (وقرأه) اى القاضى الكاتب (على من اشهدهم) ليعرفوا ما فيه (او يعلمهم به) ان لم يقرأ عليهم اذ لا شهادة بلا علم (وكتب اسماءهم وانسابهم) اى اسماء شهود الطريق وانسابهم (فيه) اى فى الكتاب الحكمى فان كونه كتاب القاضى لا يثبت بمجرد شهادتهم بدون الكتابة كذا فى الخلاصة (و) كتب تاريخ الكتاب) ولو لم يكتب فيه التاريخ لا يقبله وان كتب ينظر هل هو كان قاضيا فى ذلك الوقت ام لا ولا يكتفى بالشهادة اذا لم يكن مكتوبا (وختمه عندهم وسلمه اليهم) لئلا يتوهم التغيير وهذا عند ابى حنيفة ومحمد اذ عندهما علم الشهود بما فى الكتاب شرط جواز القضاء به (وابو يوسف لم يشترط ذكر اسم المكتوب اليه ونسبه) بل جوز أن يكتب ابتداء الى كل من يصل اليه كتابى هذا من القضاة (ولا القراءة عليهم وختمه) وسهل فى ذلك حين ابتلى بالقضاء وليس الخبر كالمعاينة (وعليه المتأخرون) توسعة على الناس فالحاصل ان سجل القاضى الى القاضى لا يكون الا بعد الحكم وكتاب القاضى الى القاضى الذى هو نقل الشهادة لا يكون الا قبل الحكم ويشترط ان يكون الكتاب من معلوم الى معلوم فى معلوم اى المدعى المعلوم اى المدعى على معلوم اى المدعى عليه والقياس يأبى جواز العمل بكتاب القاضى لان كتابه لا يكون اقوى من خطابه ولو حضر بنفسه مجلس القاضى المكتوب اليه وعبر بلسانه ما فى الكتاب لم يعمل به القاضى لانه صار واحدا من الرعايا فكذا اذا كتب اليه لكنه جوز فيما يثبت بالشبهات لحاجة الناس اليه اذ قد يكون الشاهد للمرء على حقه فى بلدة وخصمه فى بلدة اخرى فيتعذر الجمع بينهما ولا يتمكن من ان يشهد على شهادتهما اذ اكثر الناس يعجزون عن اداء الشهادة على الشهادة على وجهها فيحتاج الى نقل الشهادة بالكتاب الى مجلس ذلك القاضى (لا يقبل) اى نقل الشهادة (الا من) قاض (مولى) من قبل السلطان احتراز عن المحكم (يملك الجمعة) اى يقدر على اقامة الجمعة فلا يقبل من قاضى رستاق (ولا يجوز كون شهود الطريق كفارا ولو كان المدعى عليه كافرا) لان شهادتهم ملزمة للحكم على القاضى فتكون حجة عليه ولا عبرة بالخصم (ادعى على غائب مالا واراد ان يبعث وكيله) لتحصيله (استحلفه) اى المدعى (القاضى) بالله (ما قبضته كلا او بعضا وما ابرأت ذمته وما تعلم ان رسولا او وكيلا لك قبض منه) لان ذلك الغائب يحتمل ان يدعى بعد وصول الكتاب اليه انه ادى ذلك المال اليه ولا يكون له بينة فحينئذ يتوجه اليمين على المدعى فاذا حلف قبل يندفع ذلك وتقصر المسافة (فان انقطع الشهود) اى شهود الطريق ولم يصلوا الى المكتوب اليه (او وصلوا الى المكتوب اليه ووجد الخصم فى ولاية قاض آخر اشهدا على شهادتهما

(قوله شهد عقب الدعوى) اى بعد الدعوى (قوله لا يقبل اى نقل الشهادة الا من قاض الخ) قال الكمال والذى ينبغى ان بعد عدالة شهود الاصل والكتاب لا فرق اى بين ان يكون من قاضى رستاق اوغيره

رجلين (آخرين كما فى الشهادة على الشهادة وكتبهما على طريقها) اى الشهادة على الشهادة (بدلهما) اى بدل الشاهدين الاصليين (فانهاه) اى ما كتب بدلهما (الى من انهى اليه الاصل) اى الاصل المكتوب ان كان الخصم فى بلده (او الى قاض آخر) ان لم يكن فيه (ثم) الى آخر (وثم) الى آخر (الى ان يصل الى من يكون الخصم تحت ولايته) لما فرغ من بيان الاحكام المتعلقة بجانب القاضى الكاتب شرع فى بيان الاحكام المتعلقة بجانب المكتوب اليه فقال (ثم انه) اى من كان الخصم فى ولايته سواء كان ابتداء او انتهاء (لا يقبله) اى نقل الشهادة الا بحضور الخصم) لانه بمنزلة اداء الشهادة على الشهادة اذا الكاتب ينقل الفاظ الشهود بكتابه الى المكتوب اليه كما ان شاهد الفرع ينقل شهادة شهود الاصل بعبارته وكما لا يسمع الشهادة على الشهادة الا بحضرة الخصم فكذا لا يفتح الكتاب الا بحضرة الخصم بخلاف سماع القاضى الكاتب الشهادة لانه للنقل لا للحكم وهذا للحكم (قيل ولم يشترطه ابضا ابو يوسف) قال فى شرح الاقطع قال ابو يوسف يقبله من غير حضور الخصم لان الكتاب يختص بالمكتوب اليه فكان له ان يقبله والحكم بعد ذلك يقع بما عله من الكتاب فاعتبر حضور الخصم عند الحكم به كذا فى غاية البيان (و لا يقبله ايضا الا) بشهادة رجلين او رجل وامرأتين) لان الكتاب قد يزور اذ الخط يشبه الخط والخاتم يشبه الخاتم فلا يثبت الا بحجة تامة وايضا كتاب القاضى ملزم اذ يجب على المكتوب اليه ان ينظر فيه ويعمل به ولا الزام الا ببينة (فاذا شهدوا عنده) اى شاهدا الطريق عند القاضى المكتوب اليه (انه كتاب القاضى فلان بن فلان وعدلوا فتحه) قال فى الكافى الصحيح انه انما يفتح الكتاب بعد ثبوت العدالة فربما يحتاج الى زيادة الشهود واداء الشهادة انما يمكن بعد قيام الخصم (واقرأه على الخصم والزمه ما فيه ان بقى كاتبه قاضيا فيبطل) اى كتاب القاضى (ان زال عن القضاء) بموت او عزل او زوال اهلية القضاء عنه (قبل وصوله) اى الكتاب (اليه) لان الاصل ان خبر الواحد لا يقبل وانما قبوله باعتبار الولاية الشرعية فاذا لم يبق عاد الامر الى الاصل ولهذا لو التقى قاضيان فى عمل احدهما او فى مصر ليس من عملهما فقال احدهما للآخر قد ثبت عندى كذا فاعمل به لم يقبل لانتفاء الولاية (كذا زوال المكتوب اليه عنه) اى عن القضاء بما ذكر من الاسباب فانه ايضا سبب بطلان كتاب القاضى الكاتب (الا اذا كتب بعد اسمه) اى اسم المكتوب اليه (والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين) فانه لما عرف الاول صحت كتابة القاضى اليه فيجعل غيره تبعا له وكم من شئ يثبت تبعا ولا قصدا (وان كتبه) اى قوله الى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين (ابتداء) اى بلا تسمية القاضى المكتوب اليه (جوزه ابو يوسف) فانه توسع بعد ما ابتلى بالقضاء (فان قال الخصم) بعد وصول الكتاب (لست الذى كتب فيه فعلى المدعى اثباته) باقامة البينة على انه هو وطعن عند هذا القاضى فى القاضى الذى كتب او فى الشهود الذين شهدوا عليه بالحق عند القاضى الذى كتب الكتاب وقال لهذا القاضى انى آتيك بما اوضح به هذا عندك او قال له سل عن

(قوله قيل ولم يشترطه ايضا ابو يوسف الخ) يشعر بأنه ضعيف عن ابى يوسف وقال الزيلعى قال ابو يوسف رحمه الله تعالى يأخذ القاضى المكتوب اليه الكتاب بغير بينة ولكن لا يعمل به الا ببينة وهذا اه اولى اذ يفيد انه غير ضعيف وايضا استدلاله يقبل لا يطابقه (قوله والحكم بعد ذلك) اى بعد قيام البينة بأنه كتاب المرسل يقع بما عله من الكتاب (قوله قال فى الكافى الصحيح الخ) كذا ذكره الكمال ثم قال وما ذكر محمد رحمه الله تعالى اصح اى يجوز الفتح قبل ظهورها اى العدالة بعد الشهادة بأنه كتابه (قوله والزمه ما فيه) يعنى بعد ثبوت معرفته عنده بأنه هو المدعى عليه (قوله فيبطل بموت او عزل اوزوال اهلية القضاء قبل وصوله) اى الكتاب اليه يعنى قبل قراءته لا بمجرد وصوله كما فى التبيين ولذا قال الكمال العبارة الجيدة ان يقال او مات قبل قراءة الكتاب لا يقبل وصوله لان وصوله قبل ثبوته عند المكتوب اليه وقراءته لا يوجب شيأ (قوله فان قال الخصم لست الذى كتب فيه فعلى المدعى اثباته) ليس الانكار شرطا بل كذلك لو اقر انه هو المكتوب فيه لا بد من ثبوت معرفته عند القاضى لاحتمال التواطؤ

ذلك فانك تجده على ماقلت وقال فيهم ماسقط به هذا التهم بان قال ان الشهود الذين شهدوا عند القاضي الكاتب عليه بالحق عبيد أو محدودون في قذف او من اهل الذمة سمع القاضي هذا الطعن فان اقام على ذلك شاهدين لم يقبل القاضي ذلك الكتاب لان هذه الاشياء ليست بجرح مفرد فلا يمتنع قبول الشهادة عليها وبه تبين ان ماذكره في شرح الجامع الصغير في كتاب القضاء انه قيل ان الخصاف ذكر ان الشهادة على الجرح المفرد مقبولة غير صحيح لان هذه الاشياء ليست بجرح مفرد هذا اذا اقام شاهدين وان اقام شاهدا واحدا ذكر في الكتاب ان هذه شبهة يعني انه تمكنت التهمة بشهادة الواحد فتقع الشبهة في القضاء والقضاء مع الشبهة لا يجوز فيتفحص فان وجد الامر على ماقاله هذا الواحد فلا يقضي بالكتاب كذا في شرح ادب القاضي للخصاف (وان مات الخصم (نفذه) اى القاضي الكتاب (على وارثه اووصيه) لقيامهم مقامه (جاز نقل شهادة شاهد واحد) يعني اذا كان لرجل على رجل آخر في بلدة اخرى دعوى وله شاهد واحد في بلدته وآخر في بلدة المدعى عليه واراد ان ينقل شهادة من في بلدته ويدعي على ذلك الشخص ويتمسك بكتاب الشهادة ويشاهد هناك جاز (و) جاز (كتب توكيل غائب) يعني اذا كان لرجل على آخر في بلدة اخرى دعوى واراد ان يوكل رجلا في تلك البلدة ليخاصم من جانبه مع ذلك الرجل جاز ايضا (واختلف في حكمه) اى القاضي (بعلمه) قالوا ان محمدا رحمه الله تعالى اعتبر علم القاضي حتى قال اذا علم القاضي ان زيدا غصب شيأ من المدعي يأخذه من زيد ويدفعه الى المدعي وهذا جواب رواية الاصول وروى ابن سماعة عنه ان القاضي لا يقضي بعلمه وان استفاد العلم في حالة القضاء حتى يشهد معه شاهد واحد قال لعل القاضي يكون غالطا فيما يقول فيشترط مع علمه شاهد آخر حتى يكون علمه مع شهادة شاهد آخر بمعنى شاهدين كذا في العمادية ثم لما فرغ من ذكر السجل وبيان نقل الشهادة شرع في بيان المحضر وما اعتبر فيه وفي السجل من تمام التبيين وبيان الصك والحجة والوثيقة فقال (والمحضر ماكتب فيه حضور المتخاصمين عند القاضي وماجرى بينهما من الاقرار) من المدعى عليه (اوالانكار) منه (اوالحكم) بعد انكاره (بالبينة) من المدعي (اوالنكول) عن اليمين من المدعى عليه (على وجه يرفع الاشتباه وكذا السجل) قال في المحيط البرهاني ان الاشارة في الدعاوى والمحاضر ولفظ الشهادة من اهم مايحتاج اليه وانما كانت اهم قطعا للاحتمال لان المدعي بدعواه يستحق المدعى به على المدعى عليه والشهود بشهادتهم يثبتون استحقاقه ولا يثبت الاستحقاق مع الاحتمال وكذا في السجلات لابد من الاشارة حتى قالوا اذا كتب في محضر الدعوى حضر فلان مجلس الحكم واحضر مع نفسه فلانا فادعى هذا الذي احضر عليه لا يفتى بصحة المحضر وينبغي ان يكتب فادعى هذا الذي حضر على هذا الذي احضره اذ بدونه يوهم انه احضر هذا وادعى على غيره وكذلك عند ذكر المدعي والمدعى عليه في اثناء المحضر لابد من ذكر هذا فيكتب المدعي هذا والمدعى عليه هذا لان بعض المشايخ كانوا لا يفتون بالصحة بدونه

(قوله سمع القاضي هذا الطعن) شامل لما لو ثبتت العدالة عند القاضي الكاتب واليه اشار الكمال بقوله ثم يذكر اى القاضي الكاتب انه عرفهم بالعدالة او عدلوا لان الخصم اذا احضره الثاني قد يكون له مطعن فيهم او في احدهم فلا بد من تعيينهم ليتمكن من الطعن ان كان (قوله وجاز كتب توكيل غائب) لا يختص بهذا الباب لصحة الوكالة بدونه وهو الاخبار (قوله واختلف في حكمه اى القاضي بعلمه) المختار عدم حكمه به في زماننا والله اعلم

وكذلك قالوا فى السجلات اذا كتب وقضيت لمحمد هذا المدعى على احمد هذا المدعى عليه وكذلك قالوا اذا كتب فى المحضر عند ذكر شهادة الشهود واشاروا الى المتداعيين لا يفنى بصحته لان الاشارة المعتبرة هى الاشارة عند الحاجة اليها فى موضعها ولعلهم اشاروا الى المدعى عليه عند الحاجة الى الاشارة الى المدعى واشاروا الى المدعى عند الحاجة الى اشارة الى المدعى عليه فيكون ذلك اشارة الى المتداعيين ولا تكون معتبرة فلا بد من بيان ذلك بابلغ الوجوه قطعا للوهم (والصك ما كتب فيه البيع والرهن والاقرار ونحوها) فى المغرب الصك كتاب الاقرار بالمال وغيره معرب والحجة والوثيقة تتناول لان الثلاثة يعنى السجل والمحضر والصك لان فى كل منها معنى الحجة والوثاقة

﴿ مسائل شتى ﴾

جمع شتيت بمعنى متفرق (لا يتد ذو سفل فيه) اى فى السفل (ولا ينقب كوة بلا رضا ذى العلو) يعنى اذا كان علو لرجل وسفل لآخر فليس لصاحب السفل ان يتد فيه وتدا ولا ان ينقب كوة بلا رضا ذى العلو عند ابى حنيفة رحمه الله تعالى سواء كان مضر الذى العلو اولا وقالا يصنع فيه ما لا يضر بالعلو وعلى هذا الخلاف اذا اراد صاحب العلو ان يبنى فى العلو بيتا او يضع جذوعا او يحدث كنيفا (زائغة مستطيلة تتشعب منها زائغة غير نافذة لا يفتح اهل الاولى) من حائط دراهم (بابا فى الثانية) لان فتحه للمرور وليس لهم حق المرور فى الزائغة السفلى بل هو مختص باهلها لانها بجميع اجزائها ملك لاربابها حتى لو بيع فيها دار لا يكون لاهل الاولى حق الشفعة فاذا ارادوا احداث بفتح بابا فقد ارادوا ان يتخذ طريقا فى ملك الغير ويحدث لنفسه حق الشفعة فيها فيمنع من ذلك بخلاف النافذة لان حق المرور فيها للعامة (بخلاف زائغة مستديرة لزق طرفاها) حيث يجوز له ان يفتح بابا فى حائطه فى اى جانب شاء لان هذه سكة واحدة وهى بمنزلة السكة المشتركة فى دار ولكل واحد منهم حق المرور فى كلها ولهذا لو بيعت فيها دار كانت الشفعة للكل على السواء فبفتح الباب لا يحدث لنفسه حقا فلا يمنع (ادعى هبة فى وقت فسئل بينة فبرهن على الشراء بعد وقت الهبة قبل وقبله لا) يعنى ادعى دارا فى يد رجل انه وهبها له وسلمها اليه فى وقت كذا فسأله القاضى البينة فقال انه جحدنى الهبة فاشتريتها منه وادعى وقتا بعد وقت الهبة وبرهن عليه يقبل ولو ادعى وقتا قبل وقت الهبة فبرهن عليه لا يقبل والفرق ان التوفيق فى الوجه الاول ممكن فلا يتحقق التناقض لجواز ان يقول وهب لى منذ شهر ثم جحدنى الهبة فاشتريتها منه منذ اسبوع وفى الوجه الثانى لا يمكن التوفيق فيتحقق التناقض (قال رجل لآخر اشتريت منى هذه الجارية فانكر) اى الآخر الشراء (للقائل) اى جاز لمن قال اشتريت (وطؤها) وكان الظاهر ان لا يجوز لاقراره بملك الغير (ان ترك) اى البائع (الخصومة) لان المشترى لما جحد كان فسخا من جهته اذ الفسخ يثبت به فاذا ترك البائع الخصومة تم الفسخ باقتران العمل به وهو امساك الجارية ونقلها (اقر بقبض عشرة دراهم ثم ادعى انها زيوف او نبهرجة صدق مع يمينه وفى الستوقة لا) اى لا يصدق لان اسم الدراهم يقع على الجياد والزيوف والنبهرجة دون الستوقة

(ولهذا)

(قوله وقالا يصنع فيه ما لا يضر بالعلو) قال الزيلعى قيل ما حكى عنهما تفسير لقول ابى حنيفة على معنى انه لا يمتنع الا ما فيه ضرر مثل ما قالا وقيل فيه خلاف حقيقة ولو تصرف صاحب السفل فى ساحة السفل بان حفر بئرا عند ابى حنيفة له ذلك وان تضرر به صاحب العلو وعندهما الحكم معلول بعلة الضرر اه (قوله لا يفتح اهل الاولى بابا فى الثانية) هو الصحيح وقيل لا يمنعون لانه رفع جدارهم ولهم نقض كله (قوله حتى لو بيع فيها دار لا يكون لاهل الاولى حق الشفعة فيها) اى بحق الشركة فى الطريق اذ لو كان جارا ملاصقا كان له به الشفعة (قوله فقال انه جحدنى الهبة) ذكر الجحود ليس شرطا اذ لا فرق بين ان يذكره او لا فكان ينبغى حذفه كما فى المتن (قوله وادعى وقتا بعد وقت الهبة الخ) قال الزيلعى ولو لم يذكر لهما تاريخا او ذكر لاحدهما ينبغى ان تقبل بينته لان التوفيق ممكن بان يجعل الشراء متأخرا (قوله قال اشتريت منى هذه الجارية الخ) وللقائل ردها على بائعها بالعيب القديم بعد ذلك لتمام الفسخ بالتراضى وفى النهاية اذا عزم على ترك الخصومة قبل تحليف المشترى ليس له ان يردها والاشبه ان يكون هذا التفصيل بعد القبض واما قبل القبض فينبغى ان يرد عليه مطلقا لانه فسخ من كل وجه فى غير العقار كذا فى التبيين (قوله ثم ادعى انها زيوف او نبهرجة صدق) عبر بثم اشارة الى انه لا فرق بين ان يقوله موصولا او مفصولا بخلاف ما اذا قال قبضت دراهم جيادا لا يصدق فى دعواه الزيوف مطلقا مفصولا او موصولا كما فى التبيين واشار اليه بقوله لكن اقر بقبض الجياد

ولهذا يجوز التجوز فى الصرف والسلم بالزيوف والنبهرجة لا بالستوقة والقبض لا يختص بالجياد فلا تناقض بين دعوى الزيافة او النبهرجة وبين الاقرار بقبض الدراهم فيقبل (كمن اقر بقبض الجياد او حقه او الثمن او بالاستيفاء) اما اقرار بالثلاثة الاول فظاهر واما الاقرار بالاستيفاء فلانه عبارة عن القبض بوصف التمام فكان عبارة عن قبض حقه الزيوف ما يرده بيت المال والنبهرجة ما يرده التجار والستوقة ما غلب عليه الغش (قال) رجل (لآخر لك على الف فرده) اى قال ليس لى عليك شئ (ثم صدقه) اى قال فى مجلسه بل لى عليك الف (لغا تصديقه بلا حجة) اى لا يكون على المقر شئ لان المقر له اذا قال لا شئ لى عليك فقد رد اقراره والمقر له ينفرد برد الاقرار فملك ابطاله بنفسه فاذا بطل برده التحق بالعدم فاذا ادعى بعده فلا بد من الحجة او تصديق خصمه (ادعى خمسة دنانير فقال المدعى عليه أى فيشكيها فجاء بشهود يشهدون انه دفع اليه خمسة دنانير لكن لا تدرى انها من هذا الدين او غيره جازت شهادتهم وبرئ المدعى عليه) كذا فى العمادية (اقام البينة على شراء واراد الرد بعيب ردت بينة بائعه على براءته من كل عيب بعد انكاره بيعه) يعنى اذا ادعى على رجل انه اشترى منه هذه الامة وانكر المدعى عليه البيع فبرهن المشترى عليه ثم وجد بها عيبا قديما واراد ردها فبرهن البائع انه برئ اليه من كل عيب لم يقبل للتناقض بين الكلامين اذ اشتراط البراءة من العيب تصرف فى العقد بتغييره من اقتضاء صفة السلامة الى غيرها وتغيير العقد من وصف الى وصف بلا عقد محال واذا بطل التوفيق ظهر التناقض وعن ابى يوسف رحمه الله تعالى انه يقبل اعتبارا بفصل الدين ولهما ان الدين قد يقضى وان كان باطلا كما مر ولا كذلك هنا (بطل صك كتب ان شاء الله فى آخره) اى اذا كتب رجل اقراره بدينه فى صك ثم كتب فى آخره ومن قام بهذا الذكر الحق فهو ولى ما فيه يعنى من اخرج هذا الصك وطلب ما فيه من الحق فله ولاية ذلك ان شاء الله بطل الذكر كله عند الامام وعندهما ينصرف الاستثناء الى قوله من قام الخ وقولهما استحسان لان الاصل ان ينصرف الاستثناء الى ما يليه لان الذكر للاستيثاق ولو صرف الى الكل يكون للابطال وله ان الكل كشئ واحد بحكم العطف فيصرف الى الكل كما فى الكلمات المعطوفة كقوله عبده حر وامرأته طالق وعليه المشى الى بيت الله ان شاء الله تعالى ولو ترك فرجة قالوا لا يلتحق به ويصير كفاصل السكوت (مات ذمى فقالت عرسه اسلمت بعد موته وقال ورثته بل قبله صدقوا) لان الاسلام ثابت فى الحال والحال تدل على ما قبلها كما فى مسئلة الطاحونة اذا اختلف المؤجر والمستأجر فى جريان الماء وانقطاعه حيث يحكم الحال ويستدل بها على الماضى وهذا ظاهر يعتبر للدفع وان لم يعتبر للاستحقاق (كما فى مسلم مات فقالت عرسه اسلمت قبل موته وقالوا بعده) فان القول للورثة ايضا لانها تدعى امرا حادثا والاصل فى الحوادث ان يضاف حدوثها الى اقرب الاوقات (قال هذا ابن مودع الميت لا وارث له غيره دفعها اليه) يعنى من مات وله فى يد رجل مائة درهم وديعة فقال المودع لرجل آخر هذا ابن الميت لا وارث له غيره فالقاضى يقضى بدفع الوديعة اليه لانه اقر بان ما فى يده حق الوارث بطريق الخلافة فصار كما لو اقر

(قوله او حقه او الثمن او الاستيفاء) محل عدم قبول دعواه الزيافة فى هذه الثلاثة ما اذا فصل واما اذا وصل ذلك فانه يصدق وقال فى النهاية لو اقر بقبض حقه ثم قال انها ستوقة او رصاص يصدق موصولا لا مفصولا وقال ذكره شيخ الاسلام كما فى التبيين (قوله الزيوف ما يرده بيت المال) ذكره الزيلعى ثم قال وقيل هى المغشوشة والنبهرجة هى التى تضرب فى غير دار السلطان والستوقة صفر مموهة وعن الكرخى والستوقة عندهم ما كان عليه الصفر او النحاس هو الغالب (قوله مات ذمى الخ) جواب ما اورد نقضا على هذا المذكور فى التبيين والكافى

(قوله فان اقر بابن آخر له لم يفد اذا كذبه الاول) قال الزيلعي ويضمن المقر له الثاني نصيبه ان دفع للاول بلا قضاء (قوله تركة قسمت بين الورثة او الغرماء بشهود لم يقولوا لانعلم له وارثا او غريما آخر لم يكفلوا) انما قيد بكونها قسمت بالشهادة ولم يقل الشهود لانعلم له وارثا او غريما لما ذكر الخلاف في اخذ الكفيل واذا ثبت الارث او الدين بالاقرار فانه يأخذ كفيلا بالاتفاق واذا ثبت بالشهادة وقال الشهود لانعلم له وارثا غيرهم لا يؤخذ منهم كفيل بالاتفاق كما في التبيين (قوله اي لم يأخذ منهم كفيل بالنفس عند الامام) وهذا اي اخذ الكفيل شيء احتاط به بعض القضاة وهو ظلم (قوله ولا وارث الا بثبوت الملك للمورث) لعله ولا ارث كما في عبارة الكافي (قوله وقيل المنقول على الخلاف ايضا) يعني بترك النصف في يد ذي اليد هذا عند ابي حنيفة وعندهما يؤخذ فيوضع على يد عدل ولابد من هذا لكن تركه لقوله ايضا اذ به يعلم ان الخلاف المتقدم كذلك هنا (قوله وهذا اصح) الاشارة الى قوله يعني بترك النصف في يد ذي اليد لا الى قوله وقيل المنقول على الخلاف لما يلزم عليه من عدم مطابقته للمدعي وافادته ان الصحة في ثبوت الخلاف وليس المراد الا ثبوت الصحة لترك النصف في يد ذي اليد (قوله واذا قال مالي او ما املكه صدقة يقع على مال الزكاة) يعني على جنس مال الزكاة على الصحيح فيهما وذلك كالسوائم والنقدين وعروض التجارة سواء بلغت نصابا اولم تبلغ قدر النصاب سواء كان عليه دين مستغرق اولم يكن لان المعتبر جنس ما يجب فيه الزكاة لا قدرها ولا شرائطها وتدخل فيه الارض العشرية عند ابي يوسف لا محمد وذكر في النهاية قول ابي حنيفة مع محمد ولا تدخل الاراضي الخراجية ولا رقيق الخدمة ولا العقار واثاث المنزل وثياب البذلة وسلاح الاستعمال ونحو ذلك ومن مشايخنا من قال في قوله ما املك او جميع ما املك في المساكين صدقة يجب ان يتصدق (كان) بجميع ما يملك قياسا واستحسانا وانما القياس والاستحسان في قوله مالي او جميع مالي صدقة والصحيح هو الاول لانهما يستعملان استعمالا واحدا فيكون النص الوارد في احدهما واردا في الآخر فيكون فيه القياس والاستحسان كذا في التبيين

انه حق المورث وهو حي بطريق الاصالة (فان اقر بابن آخر له لم يفد اذا كذبه الاول) (بل يكون المال كله للاول لان هذه شهادة على الزوال بعد انقطاع يده عن المال فلا تقبل كما لو كان الاول ابنا معروفا (تركة قسمت بين الورثة او الغرماء بشهود لم يقولوا لانعلم له وارثا او غريما آخر لم يكفلوا) اي لم يؤخذ منهم كفيل بالنفس عند الامام وقالا يؤخذ لان القاضي نصب ناظرا للغيب والموت قد يقع بغتة فلا يمكن له بيان كل الورثة او الغرماء ويجوز ان يكون للميت وارث غائب او غريم غائب فيجب على القاضي الاحتياط بالتكفيل مبالغة في الاحياء وتفاديا عن الاتواء وله ان جهالة المكفول له تبطل الكفالة كما مر في كتابها (ادعى دارا) في يد رجل (لنفسه ولاخيه الغائب وبرهن عليه اخذ نصف المدعي وترك باقيه مع ذي اليد بلا تكفيله جحد دعواه اولا) وقالا اذا جحدها ذو اليد اخذها القاضي منه وجعلها في يد امين حتى يقدم الغائب وان لم يجحد ترك النصف الآخر في يده حتى يقدم الآخر لان الجاحد خائن فيؤخذ منه والمقر امين فيترك في يده وله ان اليد الثابتة لا تنزع بلا ضرورة ولا ضرورة لان القضاء وقع للميت بالكل لان الوارث قال هذا ميراث ولا وارث الا بثبوت الملك للمورث واحتمال كونه مختار الميت ثابت فلا ينقض يده كما لو كان مقرا وبطل جحوده بقضاء القاضي والظاهر انه لا يجحد فيما يستقبل لان الحادثة صارت معلومة للقاضي ولذي اليد وجحوده باعتبار اشتباه الامر عليه وقد زال (كذا المنقول في الاصح) اي اذا كانت الدعوى في المنقول فقيل يؤخذ منه اتفاقا لاحتياج المنقول الى الحفظ والنزع من يده ابلغ في الحفظ كيلا يتلفه واما العقار فمحفوظ بنفسه وقيل المنقول على الخلاف ايضا يعني بترك النصف في يد ذي اليد وهذا اصح لانه يحتاج الى الحفظ والترك في يده ابلغ في الحفظ لان المال في يد الضمن اشد حفظا وبالانكار صار ضامنا ولو وضع في يد عدل كان امينا فيه فلو اتلف لم يضمن وانما لا يؤخذ الكفيل لانه انشاء خصومة والقاضي وضع لقطعها لا لانشائها (وصيته بثلث ماله تقع على كل شيء) اذا قال (مالي او ما املكه صدقة يقع على مال الزكاة) والقياس فيهما واحد وهو قول زفر رحمه الله تعالى لان اسم المال عام فيلزمه التصدق بكل ماله كما في الوصية ولنا ان ايجاب العبد معتبر بايجاب الله تعالى ثم ما اوجبه الله تعالى من الصدقة المضافة الى مال مطلق كقوله تعالى خذ من اموالهم صدقة انصرف الى الفضول لا الى كل المال فكذا ما يوجبه العبد على نفسه بخلاف الوصية لانها اخت الميراث لكونها خلافة كالوراثة والارث يجري في جميع الاشياء فكذا الوصية (فان لم يجد غيره) اي غير مال الزكاة (امسك منه قوته فاذا ملك تصدق بقدره) لان حاجته مقدمة ثم ان

كان صاحب حرفة يمسك قوت يوم وان كان صاحب دور وحوانيت يمسك قوت شهر وان كان صاحب ضيعة يمسك قوت سنة وان كان تاجرا يمسك مقدار ما يصل اليه ماله (صح الايصاء بلا علم الوصى لا التوكيل بلا علم الوكيل) يعني اذا اوصى رجل الى آخر ولم يعلم الوصى حتى باع شيأ من التركة فهو وصى وبيعه جائز ولا يصح بيع الوكيل حتى يعلم والفرق ان الوصية استخلاف بعد انقطاع ولاية الموصى فلا يتوقف على العلم كتصرف الوارث والتوكيل اثبات ولاية التصرف في ماله لا استخلاف بعده لبقاء ولاية المنوب عنه فلا يصح بلا علم من يثبت له الولاية (فلو علم الوكيل ولو من فاسق صح تصرفه) لان الاعلام بالوكالة اثبات حق لتوكيل ليستوفيه ان شاء وليس فيه الزام ليشترط شرائط الالزام (ويشترط لعزله خبر عدل او مستورين كعلم السيد بجناية عبده والشفيع بالبيع والبكر بالنكاح ومسلم لم يهاجر بالشرائع) لان الخبر بهذه الجملة يشبه التوكيل من حيث ان المتصرف يتصرف في ملكه ويشبه الالزامات لانه من ضرر يلزم الآخر من حيث منعه عن التصرف فوجب ان يشترط احد شطرى الشهادة وهو العدد او العدالة توفيرا على الشبهين حقهما (باع القاضى او امينه عبدا للغرماء واخذ المال فضاع واستحق العبد) من يد المشترى (لم يضمن) اى القاضى او امينه لانه بمنزلة الامام فانهم يحتاجون الى امثال هذا كثيرا فلو رجع الحقوق اليهم لتقاعدوا عن اقامتها فتختل مصالح الناس (ورجع المشترى على الغرماء) لانه عقد لم يرجع عهدته على العاقد فيجب على من يقع له العقد والبيع واقع للغرماء فتكون العهدة عليهم كما لو كان العاقد صبيا او عبدا محجورين وقد توكلا عن غيرهما بالبيع فان الحقوق ترجع الى الموكل (وان باع الوصى لهم) اى للغرماء (بامر القاضى وقبض ثمنه وضاع من يده واستحق العبد او مات قبل قبضه) اى الثمن (رجع المشترى على الوصى) لان الرجوع بالثمن من حقوق العقد وحقوقه ترجع الى العاقد وهو الوصى نيابة عن الميت لانه وان نصبه القاضى فانما نصبه ليكون قائما مقام الميت لا ليكون قائما مقام القاضى وحقوق العقد ترجع اليه او باشره في حياته فكذا ترجع الى من قام مقامه (وهو) اى الوصى (عليهم) اى يرجع على الغرماء لانه باع لهم فكان عاملا لهم ومن عمل لغيره عملا ولحقه فيه ضمان يرجع على من وقع له العمل ولو ظهر بعده للميت مال رجع الغريم فيه بدينه لانه لم يصل اليه وقيل لا يرجع ايضا بما غرم للوصى من الثمن لان الضمان وجب عليه بفعله لان قبض الوصى كقبضه والاصح انه يرجع لانه قضى ذلك وهو مضطر فيه كذا في الكافى (القاضى اخرج الثلث للفقراء ولم يعطهم اياه حتى هلك كان من مالهم اى الفقراء (والثلثان للورثة) كذا في الواقعات ووجهه ماس (امرك قاض عالم عدل برجم او قطع او ضرب قضى به على شخص وسعك فعله (وقال محمد رحمه الله تعالى آخر الا تقبل قوله حتى تعاين الحجة لان قول القاضى يحتمل الغلط والتدارك لا يمكن وكثير من مشايخنا اخذوا به فقالوا ما احسن هذا في زماننا لان القضاة قد فسدوا فلا يؤتمنون

فلو علم الوكيل ولو من فاسق صح تصرفه) كذا لو من صغير مميز ولو كافرا كما في التبيين (قوله ويشترط لعزله خبر عدل) هذا عند ابى حنيفة لما فيه من الالزام وقالا رحمهما الله تعالى لا يشترط في الخبر الا التمييز لانه من المعاملات وهذا في العزل القصدى اذا بلغه العزل ان قبل فهو على وكالته بالاجماع واذا كان العزل حكميا لا يشترط العلم (قوله ومسلم لم يهاجر بالشرائع) قال الزيلعى والاصح انه يقبل فيه خبر الفاسق حتى يجب عليه الاحكام بخبره لان الخبر رسول رسول الله صلى الله عليه وسلم لقوله عليه الصلاة والسلام الا ليبلغ الحديث وفي الرسول لا يشترط العدالة (قوله باع القاضى الخ) كذا لو قبض الثمن رضاع في يده وهلك العبد قبل التسليم الى المشترى لا يضمن القاضى ولا امينه الثمن (قوله وان باع الوصى لهم الخ) لا فرق فيه بين وصى الميت ومنصوب القاضى (قوله او مات قبل قبضه اى الثمن رجع المشترى على الوصى) صوابه ان يفسر الضمير في قبضه بالمثمن الذى هو المبيع لا بالثمن لانه اذا مات العبد المبيع قبل قبض ثمنه لا يصح ان يقال يرجع المشترى بالثمن على الوصى ولم يقع هذا التفسير للضمير في الكافى لان عبارته ولو امر القاضى الوصى ببيعه للغرماء فباعه لهم وقبض المال وضاع من يده واستحق العبد او مات قبل القبض رجع المشترى على الوصى اه (قوله وقيل لا يرجع ايضا بما غرم للوصى

على نفوس الناس ودمائهم واموالهم الا فى كتاب القاضى الى القاضى فانهم اخذوا فيه بظاهر الرواية للضرورة وجه ظاهر الرواية فى الاولى ان القاضى امين فيما فوض اليه ونحن امرنا بطاعة اولى الامر وطاعته فى تصديقه وقبول قوله وقال الشيخ ابو منصور ان كان القاضى عالما عادلا يجب قبول قوله لظاهر الامر وعدم تهمة الخطأ والخيانة (وصدق عدل جاهل سئل فاحسن تفسيره) بان يقول فى الزنا انى استفسرت المقر به كما هو المعروف فيه وحكمت عليه بالرجم ويقول فى حد السرقة انه ثبت عندى بالحجة انه اخذ نصابا من حرز لا شبهة فيه وفى القصاص انه قتل عمدا بلا شبهة فحينئذ يجب تصديقه وقبول قوله (ولم يقبل قول غيرهما) وهو جاهل عادل فاسق وعالم فاسق لتهمة الخطأ بالجهل والخيانة بالفسق (الا ان يعاين سبب الحكم) يعنى سببا شرعيا فحينئذ يقبل قول لانتفاء التهمة (صدق معزول قال لزيد اخذت منك الفا قضيت به لبكر ودفعت اليه اوقال قضيت بقطع يدك فى حق وادعى زيد اخذه وقطعه ظلما واقر) اى زيد (بكونهما فى قضائه) يعنى اذا قال قاض معزول لرجل اخذت منك الف درهم ودفعته الى زيد وقضيت به له عليك فقال الرجل اخذت ظلما فالقول للقاضى بلا يمين وكذا لو قال قضيت بقطع يدك بحق وقال فعلته ظلما فالقاضى يصدق بكل حال اذا كان المأخوذ منه ماله او المقطوع يده مقرا بكونه حال قضائه لانه لما اقر به صار مقرا بشهادة الظاهر للقاضى لان فعل القاضى على سبيل القضاء لا يوجب عليه الضمان فجعل القول قوله بلا يمين اذ لو لزمه اليمين صار خصما وقضاء الخصم لا ينفذ ولو انكر كونه قاضيا يومئذ وقال فعلته قبل التقليد او بعد العزل فالقول قول القاضى ايضا فى الصحيح لانه اذ اعرف انه كان قاضيا صحت اضافة الاخذ الى حالة القضاء لانها معهودة وهى منافية للضمان فصار القاضى بالاضافة الى تلك الحالة منكر الضمان فكان القول قوله كما لو قال طلقت او اعتقت وانا مجنون وجنونه كان معهودا

﴿ كتاب القسمة ﴾

لا يخفى وجه المناسبة بين كتاب القضاء وكتاب القسمة (هى) لغة اسم للاقتسام كالقدوة للاقتداء وشرعا (تميز بين الحقوق الشائعة) بين المتقاسمين (وركنها فعل يحصل به التميز) بين الانصباء كالكيل والوزن والعدد والذرع فى الكيلى والوزنى والعددى والذرعى (وسببها طلب الشركاء او احدهم الانتفاع بحصته) حتى اذا لم يوجد منهم الطلب لم تصح القسمة وشرطها عدم فوت المنفعة) فانها افرازا لكل واحد قبل القسمة من الملك والمنفعة وانما يتحقق هذا اذا بقى المفرز على ما كان قبل الافراز باصله ومنافعه واما اذا تبدل فيكون تبديلا لا افرازا (وحكمها تعيين نصيب كل على حدة) لانه الاثر المترتب عليها (ولا تعرى مطلقا) اى سواء كانت فى المثليات او القيميات (عن معنى افراز) هو اخذ عين حقه و) معنى (مبادلة هى اخذ عوض عنه) اى عن حقه اذ ما من جزء معين الا وهو مشتمل على النصيبين فكان ما يأخذه كل منهما نصفه ملكه ولم يستفد من صاحبه فكان افرازا والنصف الآخر كان لصاحبه فصار له عوضا عما فى يد صاحبه

(الا فى كتاب القاضى الى القاضى) جواب عما ذكر قياسا على قول محمد لانه قال فى الكافى وعلى قياس هذه الرواية لا يقبل كتاب القاضى الى القاضى عند محمد ثم ذكر كما هنا (قوله وجه ظاهر الرواية فى الاولى) اى فى امر القاضى (قوله وقال الشيخ ابو منصور الخ) هذا وفى الذخيرة القضاة اربعة عالم عادل وعالم جائر وجاهل عادل وجاهل جائر فيقبل قول الاول مجملا ومفسرا والثالث مفسرا لا مجملا لا الثانى والرابع مجملا ومفسرا والله اعلم

﴿ كتاب القسمة ﴾

(قوله وركنها فعل) قال الشيخ على المقدسى رحمه الله تعالى اقول فى جعل الركن ما ذكر من الكيل والوزن نظر لانهم اختلفوا فى ان اجرة القسمة على الرؤس او الانصباء واتفقوا على ان الكيل ونحوه على الانصباء تأمل (قوله وشرطها عدم فوت المنفعة) اى شرط لزومها بطلب احد الشركاء ولذا قال فى البرهان فلهذا لا يقسم حائط وحمام ونحوهما بطلب احدهما اه

فكان مبادلة (وان) وصلية (غلب الاول) اى معنى الافراز والتميز (فى المثليات) وهى المكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة لان ما يأخذه مثل حقه صورة ومعنى فامكن ان يجعل عين حقه (وان) غلب (الثانى) اى معنى المبادلة (فى غيرها) يعنى الحيوانات والعروض لوجود التفاوت بين ابعاضها فلا يمكن ان يجعل كأنه أخذ حقه وفرع على ما ذكر بقوله (فيأخذ شريك حصته بغيبة صاحبه فى الاول) لكونه عين حقه (لا الثانى) لكونه غير حقه (ولمعنى الافراز يجبر عليها فى متحد الجنس) من غير المثليات فقط (عند طلب احدهم) يعنى ان المبادلة لما كانت ثابتة فى القيميات كالحيوانات والعروض كان ينبغى ان لا يجبر على القسمة فيها لكن يجبر عليها لما فيها من معنى الافراز فان احدهم بطلبه القسمة يسأل القاضى ان يخصه بالانتفاع بنصيبه ويمنع الآخر عن الانتفاع بملكه فيجب على القاضى اجابته وان كانت اجناسا مختلفة لا يجبر على القاضى قسمتها لتعذر المبادلة باعتبار فحش التفاوت فى المقاصد ولو توافقوا جاز لان الحق لهم (ويستحب نصب قاسم يرزق من بيت المال) لان الاصح ان القسمة من جنس عمل القضاء لتمام قطع المنازعة بها فاشبه رزق القاضى (وصح نصبه بأجر على عدد الرؤس) اى رؤس المتقاسمين عند الامام لان النفع لهم على الخصوص وعندهما على قدر الانصباء لانه مؤنة الملك فيقدر بقدره وله ان الاجر مقابل بالتميز وانه لا يتفاوت وربما يصعب الحساب بالنظر الى القليل وقد ينعكس الامر فتعذر اعتباره فيتعلق الحكم بأصل التميز ثم ان الاجر هو اجر المثل وليس له قدر معين فان باشر القاضى بنفسه القسمة فعلى رواية كون القسمة من جنس عمل القضاء لا يجوز له أخذ الاجر وعلى رواية عدم كونها منه جاز (ويجب كونه عدلا عالما بها) اى بالقسمة لانه ان كان من جنس عمل القضاء فلا بد من القدرة وهى بالعلم ومن الاعتماد على قوله وهو بالعدالة (ولا يعين واحد لها) اذ لو تعين لحكم بالزيادة على اجر مثله (ولا يشترك القسام) لئلا يتواضعوا على مغالاة الاجر فيؤدى الى الاضرار بالناس (وصحت برضاء الشركاء) لولايتهم على انفسهم واموالهم (الا عند صغر احدهم) فحينئذ لا تصح بل يحتاج الى امر القاضى لقصور ولايتهم عنه (قسم نقليا ادعوا ارثه او عقارا ادعوا شراءه او ملكه مطلقا ولو ادعوا ارثه من زيد) لا أى لا يقسم (حتى يبرهنوا على موته وعدد ورثته) لا خلاف فى الاولين وفى هذا خلاف الامامين لهما انه فى ايديهما وهو دليل الملك والاقرار امارة الصدق ولا منازع لهم فيقسمه بينهم كما فى المنقول الموروث والعقار المشترى والبينة لا تفيد لانها على المنكر لكنه يذكر فى

(قوله والمعنى الافراز يجبر عليها فى متحد الجنس من غير المثليات فقط عند طلب احدهم) فيه تأمل لانه يوهم انه فى متحد الجنس المثلى لا يجبر الآبى على القسمة وهو خلاف النص واطلاق الجبر فى متحد الجنس القيمى ولا يشمل العبيد فى غير المغنم لان رقيق المغنم يقسم بالاتفاق ورقيق غير المغنم لا يقسم بطلب احدهم ولو كان اماء خلصا او عبيدا خلصا عند ابى حنيفة والفرق لابى حنيفة بين الرقيق وغيره من متحد الجنس فحش تفاوت المعانى الباطنة ﴿٤٢١﴾ كالذهن والكياسة وبين الغانمين وغيرهم تعلق حق الغانمين بالمالية دون العين حتى كان للامام بيع الغنائم وقسم ثمنها كما فى التبيين ﴿تنبيه﴾ زرع بينهما فى ارض لهما ارادا قسمة الزرع دون الارض وقد سنبل لا يجوز لانه مجازفة وهى لا تجوز فى الاموال الربوية قاله ابن الضياء ويخالفه قول قاضيخان وان كان الزرع قد ادرك وشرط الحصاد جازت القسمة عند الكل اه فلينظر ما بين النقلين ﴿تنبيه آخر﴾ لم يتعرض المصنف لثبوت الخيار وقال فى الفتاوى الصغرى القسمة ثلاثة انواع قسمة لا يجبر الآبى كقسمة الاجناس المختلفة وقسمة يجبر الآبى فى ذوات الامثال كالمكيلات والموزونات وقسمة يجبر الآبى فى غير المثليات كالثياب من نوع واحد والبقر والغنم والخيارات ثلاثة خيار شرط وخيار عيب وخيار رؤية ففى قسمة الاجناس المختلفة تثبت الخيارات الجميع وفى قسمة ذوات الامثال كالمكيلات والموزونات يثبت خيار العيب دون خيار الشرط والرؤية وفى قسمة غير المثليات كالثياب من نوع واحد والبقر والغنم يثبت خيار العيب وهل يثبت خيار الرؤية والشرط على رواية ابى سليمان يثبت وهو الصحيح وعليه الفتوى وعلى رواية ابى حفص لا يثبت وما ذكر فى الجامع الصغير انه لا خيار فى القسمة ذكرنا انه غير صحيح ان اراد به النوع الاول وان اراد به النوع الثانى فهو صحيح لكن قرن به الشفعة فدل انه اراد به النوع الثالث فيكون صحيحا على رواية ابى حفص اما على رواية ابى سليمان وهو الصحيح لا فى باب الخيار من قسمة شرح الكافى اه (قوله وصح نصبه بأجر) يعنى صح نصبه ليقسم بأجر (قوله وعندهما على قدر الانصباء) هو رواية عنه وروى عنه الحسن انها على طالب القسمة دون الممتنع لنفعه وضرر الممتنع كما فى البرهان (قوله ولا يعين واحد لها) لهذا المعنى لا يجبرهم الحاكم على استئجار القسام

سك القسمة انه قسمها باقرارهم ليقتصر عليهم ولا يكون قضاء على شريك آخر لهم وله ان الميت يصير مقضيا عليه بقسمة القاضي وقول الشركاء ليس بحجة عليه فلا بد لهم من اقامة البينة ليثبت بها القضاء على الميت فان الشركة قبل القسمة مبقاة على ملك الميت بدليل ثبوت حقه في الزوائد كالاولاد واكسابه حتى يقضي منها ديونه وتنفذ وصاياه وبالقسمة ينقطع حق الميت عن التركة حتى لا يثبت حقه فيما يحدث بعده من الزوائد فكان هذا قضاء على الميت بقطع حقه فلابد من البينة ويصير بعضهم حينئذ مدعيا والبعض خصما وان كان مقرا (و) لا (ان برهنا انه) اى العقار (معهما حتى يبرهنا انه لهما) يعني ان ادعوا الملك في العقار ولم يذكروا كيف انتقل اليهم لم يقسمها حتى يقيما البينة انه لهما لاحتمال ان يكون لغيرهما ثم قيل هذا قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى خاصة وقيل هو قول الكل وهو الاصح لان القسمة ضربان لحق الملك تكميلا للمنفعة ولحق اليد تتميما للحفظ وامتنع الاول هنا لعدم الملك وكذا الثاني للاستغناء عنه لانه محفوظ بنفسه كذا في الكافي (برهنا على الموت وعدد الورثة وهو) اى العقار (معهم وفيهم صغير او غائب قسم ونصب قابض لهما) هو وصي من الطفل ووكيل من الغائب لان في هذا النصب نظرا للغائب والصغير ولابد من اقامة البينة على اصل الميراث في هذه الصورة عنده ايضا بل اولى لان في هذه القسمة قضاء على الغائب والصغير بقولهم وعندهما يقسم بينهم باقرارهم ويعزل حق الغائب والصغير ويشهدانه قسمها بينهم باقرار الكبار الحضور وان الغائب او الصغير على حجته (وان برهن واحد من الورثة او شروا) اى الشركاء (وغائب احدهم او كان) اى العقار (من الوارث الصغير او الغائب او) كان معه (شيء منه) اى من العقار (لا) اى لا يجوز القسمة اما الاول وهو عدم جواز القسمة اذا برهن واحد فلانه ليس معه خصم وهو ان كان خصما عن نفسه فليس احد خصما عن الميت وعن الغائب وان كان خصما عنهما فليس احد يخاصمه عن نفسه ليقيم البينة عليه بخلاف ما لو كان الحاضر من الورثة اثنين حيث تكون القسمة قضاء بحضرة المتخاصمين واما الثاني وهو عدم جوز القسمة اذا شروا وغائب احدهم فالفرق بين الارث والشراء فان ملك الوارث ملك خلافة حتى يرد بالعيب على بائع المورث ويرد عليه بالعيب ويصير مغرورا بشراء المورث حتى لو وطئ امة اشتراها مورثه فولدت فاستحقت رجع الوارث على بائع مورثه بثمنها وقيمة الولد للمغرور من جهته فانتصب احدهم خصما عن الميت فيما في يده والآخر عن نفسه فصارت القسمة قضاء بحضرة المتقاسمين واما الملك الثابت بالشراء لكل واحد منهم فملك جديد بسبب باشره في نصيبه ولهذا لا يرد بالعيب على بائع بايعه فلا ينتصب الحاضر خصما عن الغائب فحينئذ تكون البينة في حق الغائب قائمة بلا خصم فلا تقبل واما الثالث وهو عدم جواز القسمة اذا كان العقار مع الوارث الصغير او الغائب او شيء منه فلان هذه القسمة قضاء على الغائب او الصغير الحاضر باخراج شيء مما كان في يده عن يده بلا خصم حاضر عنهما (وقسم بطلب احدهم ان انتفع كل بحصته وبطلب ذي

(قوله ولان برهنا انه اى العقار معهما حتى يبرهنا انه لهما) كذا في الكنز وقال الزيلعي رحمه الله تعالى والمصنف رحمه الله تعالى ذكر هذه المسئلة بعينها قبيل هذا بقوله ودعوى الملك لان المراد فيها ان يدعوا الملك ولم يذكروا كيف انتقل اليهم ولم يشترط فيها اقامة البينة على انه ملكهم وهو رواية القدوري رحمه الله تعالى وشرطه هنا وهو رواية الجامع الصغير وكان ينبغي ان يبين اختلاف الروايتين بأن يقول في الجامع الصغير كذا وفي مختصر القدوري كذا لان الصورة متحدة غير ان فيها اختلاف الروايتين كما رأيت وفي مثله نبين الروايات ولا يذكرون كل واحدة على حدة لان ذلك يوهم اختلاف الصور على انه لا يليق في مثل هذا المختصر الاذكر احد الروايتين اه (قوله ونصب قابض لهما) قال ابن الضياء في شرح المجمع اعلم ان القاضي انما ينصب عن الصبي الحاضر اما اذا كان غائبا فلا اه وقال الشيخ علي المقدسي رحمه الله تعالى وهو منقوض بالغائب لبالغ فتأمل اه (قوله بخلاف ما لو كان الحاضر من الورثة اثنين) شامل لما لو كان احدهما صغيرا على ما قال قاضيخان لو جاء البالغ مع صغير نصب القاضي عن الصغير من يقسم ويأمره بالقسمة (قوله واما الثالث وهو عدم جواز القسمة الخ) هو الصحيح فلا فرق بين اقامة البينة وعدمها وفي بعض روايات المبسوط وغيره يقسم اذا اقام الحاضرون البينة على الموت وعدد الورثة كما في التبيين

الكثير فقط ان لم ينتفع الآخر لقلة حصته) يعني اذا انتفع كل من الشركاء بنصيبه قسم بطلب احدهم لان في القسمة تكميل المنفعة وكانت حقا لازما فيما يحتملها اذا طلب احدهم وان انتفع احدهم بنصيبه اذا قسم وتضرر الآخر لقلة نصيبه فان طلب صاحب الكثير قسم وان طلب صاحب القليل لم يقسم كذا ذكر الخصاف وذكر الجصاص عكسه وذكر الحاكم في مختصره ان ايهما طلب القسمة قسم القاضي قال في الخانية وهو اختيار الشيخ الامام المعروف بخواهرزاده وعليه الفتوى وقال في الكافي ماذكره الخصاف اصح وفي الذخيرة وعليه الفتوى (لا) اي لا يقسم (ان تضرر كل لقلة الا بطلبهم) لان الجبر على القسمة لتكميل المنفعة وفي هذا تفويتها فيعود على موضوعها بالنقض ويجوز بالتراضي لان الحق لهم (ولا الجنسين بالتداخل) يعني لا يقسم الجنسين بادخال بعضه في بعض بان اعطى احد المتقاسمين بعيرا والآخر شاتين مثلا جبرا فلا بعض هذا في مقابلة ذاك اذ لا اختلاط بين الجنسين فلا تقع القسمة تمييزا بل تقع معاوضة فيعتمد التراضي دون الجبر لان ولاية الاجبار للقاضي تثبت معنى التمييز لا المعاوضة (و) لا (الرقيق) يعني اذا كان الرقيق وهو العبيد والاماء بين اثنين وطلب احدهما القسمة فلا يخلو اما ان يكون مع الرقيق شئ آخر يصح فيه القسمة جبرا كالغنم والثياب اولا فان كان صح القسمة في قولهم جميعا على الاظهر اما عندهما فظاهر واما عند ابي حنيفة فيجعل الذي مع الرقيق اصلا في القسمة جبرا ويجعل الرقيق تابعا له في القسمة وقد ثبت الحكم لشئ تبعا وان لم يثبت قصدا كالشرب في البيع والمنقولات في الوقف وان لم يكن فان كانوا ذكورا واناثا لم يقسم الا برضاهما وان كانوا ذكورا او اناثا لا يقسم القاضي بينهما عند ابي حنيفة ولا يجبرهما على ذلك وقالا يجبرهما عليه لاتحاد الجنس كما في الابل والغنم وله ان التفاوت في الادمي فاحش لتفاوت المعاني الباطنة كالذهن والكياسة ونحوهما فلا يكون ذلك قسمة وافرازا بخلاف سائر الحيوانات فان التفاوت فيها يقل عند اتحاد الجنس الا يرى ان الذكر والانثى من بني آدم جنسان ومن سائر الحيوانات جنس واحد (و) لا (الجواهر) قيل اذا اختلف الجنس كاللآلي واليواقيت لا يقسم لان الجنس لما اختلف لم يتحقق معنى القسمة وهو تكميل المنفعة وقيل لا يقسم الكبار منها لفحش التفاوت ويقسم الصغار لقلة التفاوت وقيل الجواب يجري على اطلاقه لان جهالة الجواهر افحش من جهالة الرقيق ولهذا لو تزوج على لؤلؤة او ياقوتة او خالع عليها لا تصح التسمية ولو خالع او تزوج على عبد يصح فأولى ان لا يجبر على القسمة (و) لا (الحمام والبئر والرحى الا برضاهم) وكذا الحائط بين الدارين لان القسمة لتكميل المنفعة فاذا لم يكن كل نصيب منتفعا به انتفاعا مقصودا لا يتحقق معنى القسمة فلا يقسم القاضي بخلاف التراضي لالتزامهم الضرر (دور مشتركة او دار وضيعة او دار وحانوت قسم كل وحده) ههنا امور ثلاثة الدور والبيوت والمنازل فالدور متلازقة كانت او متفرقة لا تقسم عنده قسمة واحدة الا بالتراضي والبيوت تقسم مطلقا لتقاربها في معنى السكنى والمنازل ان كانت مجتمعة في دار واحدة متلاصقا بعضها ببعض قسمت

(قوله قال في الخانية وهو اختيار الشيخ الامام الخ) هو كذلك الا انه صورها في دار

(قوله وقال فى الفصول كلها بنظر القاضى) قال الزيلعى هذا اذا كانت الدور كلها فى مصر واحد واما اذا كانت فى مصرين لا يقسم على هذا بالاجماع فيما رواه هلال وعن محمد انها تقسم (قوله ويصور القاسم ما يقسم) هو ان يكتب على قرطاس ان فلانا نصيبه كذا وفلانا كذا (قوله ويعدله) بالدال المهملة وروى بعزله بالزاى اى يقطعه بالقسمة عن غيره (قوله ويذرعه) شامل للبناء لما قال الزيلعى ويذرعه ويقوم البناء لان قدر المساحة يعرف بالذرع والمالية بالتقويم ولا بد من معرفتها ليمكنه التسوية فى المالية ولا بد من تقويم الارض وذرع البناء اه (قوله ويفرز كل قسم) بيان للافضل فان لم يفرزه او لم يمكن جاز كما فى التبيين (قوله فاذا كان اى ما يقسم بين جماعة الخ) اصل هذا ان ينظر فى ذلك الى اقل الانصباء فيجعلها

من جنسه حتى اذا كان الاقل ثلثا جعلها اثلاثا او ربعا جعلها ارباعا وهكذا (قوله وان كان صاحب الثلث اخذه وما يليه) ثم اذا اخرج عقبه لصاحب السدس اخذ الثالث وتعين ما بقى لصاحب النصف او النصف اخذه الى الخامس وتعين الباقى لصاحب السدس (قوله ولا يدخل دراهم ليست من التركة فى القسمة الا برضاهم) كون الدارهم ليست من التركة غير محترز به عالو كانت من التركة اذ لا يدخلها مطلقا فى القسمة الا برضاهم فلو قال كالكنز ولا يدخل فى القسمة الدارهم الا برضاهم لكان اولى وهذا اذا لم يتعذر اما اذا تعذر فحينئذ له ذلك وفى بعض الحواشى قال فى الينابيع لا يدخل الدارهم يريد اذا امكنه القسمة بدونها اما اذا لم يمكن عدل اضعف الانصباء بالدراهم والدنانير وفى بعض النسخ وينبغى للقاضى ان لا يدخل الدارهم والدنانير فان فعل ذلك جاز وتركه اولى وقال فى البدائع وينبغى ان لا يدخل فى قسمة الدار ونحوها الدارهم الا اذا كان لا يمكن القسمة الا كذلك لان محل القسمة الملك المشترك ولا شركة فى الدراهم فلا يدخلها فى القسمة الا عند الضرورة ومثله فى الايضاح (قوله بلا شرط فيها) قيد به لانهم لو شرطوا فى القسمة ان ما اصاب كل واحد فهو له بحقوقه لا تفسخ القسمة وترك الطريق والمسيل على حاله لانه يكون حقا له فى نصيب (انفسهما) الآخر كذا فى شرح المجمع (قوله جاز شهادة القاسمين) احترز به عن شهادة قاسم واحد لان شهادة الفرد غير مقبولة على الغير كما فى التبيين (قوله عند اختلاف المتقاسمين فى القسمة عند ابى حنيفة وابى يوسف وذلك بان انكر بعض الشركاء بعد القسمة استيفاء نصيبه فشهد القاسمان انه استوفى حقه قبلت عندهم (قوله وعند محمد الخ) هو قول ابى يوسف الاول وذكر الخصاف قول محمد مع قولهما وقال الطحاوى رحمه الله تعالى اذا قسما بأجر لا تقبل شهادتهما بالاجماع واليه مال بعض المشايخ والاصح انها تقبل مطلقا كما فى شرح المجمع

قسمة واحدة والا فلا لان المنزل فوق البيت ودون الدار فالحقت المنازل بالبيوت اذا كانت متلازقة وبالدور اذا كانت متباينة وقالا فى الفصول كلها بنظر القاضى الى اعدل الوجوه ويمضى بها على ذلك واما الدور والضيعة او الدور والحانوت فيقسم كل منها وحدها لاختلاف الجنس ثم لما فرغ من بيان القسمة وبيان ما يقسم وما لا يقسم شرع فى بيان كيفية القسمة فقال (ويصور القاسم ما يقسم) اى ينبغى للقاسم ان يصور ما يقسمه على القرطاس ليمكنه حفظه (ويعدله) اى يسويه على سهام القسمة (ويذرعه) ليعرف قدره (ويقوم بناءه) اذ ربما يحتاج اليه بالآخرة (ويفرز كل قسم بطريقه) اى يميزه عن الباقى بطريقه (وشربه) لئلا يكون لنصيب بعضهم تعلق بنصيب الآخر فيتحقق معنى التمييز والافراز على الكمال (فاذا كان) اى ما يقسم بين جماعة لهم سدس وثلث ونصف مثلا (يجعله) اى يجعل ما يقسم (ستة اسهم ويلقب الاول بالسهم الاول وما يليه بالثانى والثالث الى السادس ويكتب اساميهم ويجعلها قرعة فمن خرج اسمه اولا فله السهم الاول فان كان صاحب السدس اخذ حقه وان كان صاحب الثلث اخذه وما يليه وان كان صاحب النصف اخذه والذين يليانه ولا يدخل دراهم ليست من التركة فى القسمة الا برضاهم) صورته دار بين جماعة فأرادوا قسمتها وفى احد الجانبين فضل بناء فأراد احد الشركاء ان يكون عوض البناء دراهم واراد الاخر ان يكون عوضه من الارض فانه يجعل عوض البناء من الارض ولا يكلف الذى وقع البناء فى نصيبه ان يرد بازاء البناء من الدارهم الا اذا تعذر فحينئذ للقاضى ذلك لان القسمة من حقوق الملك المشترك والشركة بينهم فى الدار لا فى الدارهم فلا يجوز قسمة ما ليس بمشترك (فان وقع مسيل قسم) هذا مرتبط بقوله ويفرز كل قسم بطريقه وشربه وما بينهما من متممات الاول (او طريقه فى قسم الاخر بلا شرط فيها) اى فى القسمة (صرف) اى المسيل او الطريق (عنه) الى القسم الاول (ان امكن) ليحصل معنى القسمة وهو قطع الشركة وتكميل المنفعة بلا ضرر (والا فسخت) اى القسمة لان المقصود وهو ما ذكرنا لم يحصل فتفسخ وتستأنف على وجه يمكن لكل منهما ان يجعل مسيل او طريق (جاز شهادة القاسمين عند اختلاف المتقاسمين) فى القسمة عند ابى حنيفة وابى يوسف وعند محمد والشافعى لا تجوز لانها شهادة على فعل

انفسهما فتبطل ولهما انها شهادة على فعل غيرهما باستيفاء حقهما (سفل ذو علو وسفل وعلو مجرادن من العلو والسفل قوم كل وحده وقسم بها) اى بالقيمة لان السفل يصلح لما لا يصلح له العلو كالبئر والسرداب والاصطبل وغير ذلك فصارا كالجنسين فلا يمكن التعديل الا بالقيمة (اقر احد المتقاسمين بالاستيفاء ثم ادعى الغلط) فى القسمة وزعم ان بعضا مما اصابه فى يد صاحبه وقد كان اشهد على نفسه بالاستيفاء (لا يصدق الا بحجة) لان القسمة بعد تمامها عقد لازم فدعى الغلط يدعى لنفسه حق الفسخ بعد لزوم سبب ظهور العقد فلا يقبل الا بحجة فان لم توجد استحلف الشركاء لانهم لو اقروا لزمهم وان انكروا حلفوا عليه لرجاء النكول فمن حلف منهم تخاص ومن نكل جمع بين نصيبه ونصيب المدعى فيقسم بينهما على قدر نصيبهما لان الناكل كالمقر واقراره حجة عليه دون غيره قالوا ينبغى ان لا تسمع دعواه اصلا لتناقض واجيب بان القاسم امين وهو اعتمد على قوله فأقر ثم لما تأمل حق التأمل ظهر الغلط فى فعله فلا يؤاخذ بذلك الاقرار عند ظهور الحق (وان قال) اى احد الشريكين (قبضته) يعنى نصيبه (فأخذ شريكى بعضه وانكر) اى شريكه (حلف) لانه يدعى عليه الغصب وهو منكر والقول للمنكر مع اليمين (وان قال قبل اقراره) بالاستيفاء (اصابنى من كذا الى كذا ولم يسلمه الى تحالفا وفسخت) اى القسمة لان الاختلاف فى مقدار ما حصل له بالقسمة فصار نظير الاختلاف فى مقدار المبيع كما ذكر فى احكام التحالف فى الدعوى ولو اختلفا فى التقويم لم يلتفت اليه لانه دعوى الغبن ولا اعتبار به فى البيع فكذا فى القسمة لوجود التراضى الا اذا كانت القسمة بقضاء القاضى والغبن فاحش لان تصرفه مقيد بالعدل (ولو اقتسما دارا واصاب كلا طائفة فادعى احدهما بيتا فى يد الآخر انه من نصيبه وانكر الآخر فعليه البينة) لانه يدعى عليه حقا وهو منكر (وان اقاماها فالعبرة لبينة المدعى) لانه خارج (ان استحق بعض معين من نصيبه لا تفسخ القسمة) اتفاقا (وفى استحقاق بعض شائع فى الكل تفسخ) اى القسمة اتفاقا (وفى استحقاق بعض شائع من نصيبه لا تفسخ عند ابى حنيفة) اى لا تفسخ لكن له ولاية الفسخ (بل يرجع فى نصيب شريكه) خلافا لابى يوسف فانه يقول تنتقض القسمة وما بقى فى ايديهما يكون بينهما نصفين وقول محمد مضطرب والاصح انه مع ابى حنيفة كذا فى الكافى (ظهر دين فى التركة المقسومة تفسخ) اى القسمة (الا اذا قضوه) اى الورثة الدين (او ابرأ الغرماء) ذمم الورثة (او ابقى منها ما بقى به) اى بالدين يعنى اذا قسمت التركة بين الورثة ثم ظهر دين محيط قيل للورثة اقضوه فان قضوا صحت القسمة والا فسخت لان الدين مقدم على الارث فيمنع وقوع الملك لهم فيها الا اذا قضوا الدين او ابرأ الغرماء ذممهم فحينئذ تصح القسمة لزوال المانع فكذا اذا لم يكن محيطا لتعلق حق الغرماء بها الا اذا بقى منها ما بقى بالدين فحينئذ لا تفسخ لعدم الاحتياج اليه (ولو ظهر غبن فاحش فى القسمة بالتراضى يبطل) عند

ابتداء ثم قالا بعد ذلك نحن قسمنا اوشهدا على قسمة انفسهما من الابتداء على الصحيح كافى التاتارخانية وعلى هذا تقبل شهادة القبانين اذا كان المنكر حاضرا حال الوزن والتسليم كافى الفتاوى (**قوله** سفل ذو علو الخ) هو قول محمد وعليه الفتوى وقال ابو حنيفة وابو يوسف يقسم بالذرع وبيان ذلك فى سفل بين رجلين وعلو من بيت آخر بينهما ارادا قسمتهما يقسم البناء على القيمة بلا خلاف واما العرصة فتقسم بالذرع عند ابى حنيفة وابى يوسف وعند محمد بالقيمة ثم اختلف ابو حنيفة وابو يوسف فيما بينهما فى كيفية القسمة فعند ابى حنيفة ذراع بذراعين على الثلث والثلثين وعند ابى يوسف ذراع بذراع ولو كان بينهما بيت تام علو وسفل وعلو من بيت آخر فعند ابى حنيفة يحسب فى القسمة كل ذراع من العلو والسفل بثلاثة اذرع من العلو ارباعا عنده لما ذكرنا من الاصل فكانت القسمة ارباعا وعند ابى يوسف ذراع من السفل والعلو بذراعين من العلو لاستواء السفل والعلو عنده فكانت القسمة اثلاثا ولو كان بينهما بيت تام سفل وعلو وسفل آخر فعند ابى حنيفة رحمه الله تعالى يحسب كل ذراع من السفل والعلو بذراع ونصف من السفل وذراع من سفل البيت التام بذراع من الآخر بذراعين من علو بنصف ذراع من السفل الآخر وعند ابى يوسف ذراع من التام بذراعين من السفل والله اعلم كذا فى البدائع (**قوله** وان قال قبل اقراره بالاستيفاء) المراد انه لم يحصل منه اقرار اصلا (**قوله** ولو اختلفا فى التقويم الخ) سيذكره متنا

 ويفسخ فى الصحيح بالغبن الفاحش سواء كانت بقضاء القاضى او التراضى

(قوله وان كانت بالتراضي له ان يبطل القسمة) على حذف اداة الاستفهام (قوله ولو ادعى عينا الا) قال الزيلعي

الكل لان تصرف القاضي مقيد بالعدل ولم يوجد وان كانت بالتراضي له ان يبطل القسمة فقد قيل لا يلتفت الى قول من يدعيه لانه دعوى الغبن ولا عبرة به في البيع فكذا في القسمة او جود التراضي وقيل تفسخ وهو الصحيح ذكره في الكافي (ادعى احد المتقاسمين دينا في التركة صح) حتى اذا اقام البينة له ان ينقض القسمة ولم تكن قسمته ابراء من الدين لان القسمة تصادق الصورة وحق الغريم يتعلق بالمعنى (واو) ادعى (عينا لا) اى لا يصح او جود التناقض اذ الاقدام على القسمة اقرار منه بان المقسوم مشترك (وصحت المهايأة) وهي لغة مفاعلة من الهيئة وهي الحالة الظاهرة للمتهيئ للشيء والتهايؤ تفاعل منها وهو ان يتواضعوا على امر فيتراضوا به وحقيقته ان كلا منهم يرضى بهيئة واحدة ويختارها وشرعا قسمة المنافع والقياس ان لا تجوز لانها مبادلة المنفعة بجنسها لكنها جازت بالاجماع (في سكون هذا بعضا من دار وذاك بعضا) سكون (هذا علوها وذاك سفلها او) في (خدمة عبد) بان يخدم العبد (هذا) الشريك (يوما وذاك) الشريك (يوما كسكنى بيت صغير) بان يسكنه هذا الشريك يوما وذاك يوما (و) خدمة (عبدين) بان يخدم (زيدا هذا) العبد (و) يخدم (بكرا) العبد (الآخر) اذا كانت المهايأة في المكان كانت افرازا من كل وجه ولهذا لا يشترط فيها التأقيت وجاز لكل منهم ان يستغل ما اصابه بالمهايأة شرط ذلك في العقد او لا لحدوث المنافع على ملكه ولا كذلك العارية والاجارة وفي المهايأة في الزمان افراز من وجه ويجعل كالمستقرض لنصيب شريكه فكان مبادلة من وجه وانما قلنا ذلك لان معنى الافراز يتحقق في المهايأة في المكان دون الزمان وكذا لو تهايا في الزمان في عبد واحد لانها متعينة فيه لتعذر التهايؤ في المكان والبيت الصغير كالعبد (لا في غلة عبد او عبدين او غلة (بغل او بغلين او ركوب بغل او بغلين او ثمرة شجرة او لبن شاة) اى لا تجوز المهايأة في هذه الاشياء اما في عبد واحد او بغل واحد فلان النصيبين يتعاقبان في الاستيفاء والظاهر التغير في الحيوانات فتفوت المعادلة بخلاف المهايأة في استغلال دار واحدة حيث تجوز في ظاهر الرواية لان الظاهر عدم التغير في العقار فافترقا واما في عبدين او بغلين فلان التهايؤ في الخدمة جوز للضرورة لامتناع قسمتها ولا ضرورة في الغلة لانها تقسم واما في ركوب بغل او بغلين فلان الركوب يتفاوت بتفاوت الراكبين فلا تتحقق التسوية فلا يجبر القاضي عليه واما في ثمرة شجرة او لبن شاة ونحوه فلان التهايؤ يختص بالمنافع ولا يوجد في الاعيان والضرورة تتحقق في المنافع لامتناع قسمتها بعد وجودها لسرعة فنائها بخلاف الاعيان

﴿ كتاب الوصايا ﴾

وجه ايراد هذا الكتاب في آخر الكتاب ظاهر لان آخر احوال الآدمي في الدنيا الموت والوصية معاملة وقت الموت وله زيادة اختصاص بكتاب القسمة لان القسمة بين الورثة تكون بعد الموت والوصية اسم بمعنى المصدر ثم سمى به الموصى به والايصاء لغة طلب شيء من غيره ليفعله في غيبته حال حياته وبعد وفاته وشرعا يستعمل تارة باللام يقال اوصى فلان لفلان بكذا بمعنى ملكه له بعد موته

اى لا تسمع دعواه باى سبب كان اه (قوله وصحت المهايأة) قال الزيلعي ويجري فيها جبر القاضي كما يجري في قسم الاعيان ولا تبطل المهايأة بموت احدهما ولا بموتهما اه (قوله لكنها جازت بالاجماع) كذا بالكتاب والسنة اما الكتاب فقوله تعالى لها شرب الآية والسنة ما روى انه عليه الصلاة والسلام قسم في غزوة بدر كل بعير بين ثلاثة نفر وكانوا يتهايؤن كما في التبيين (قوله وخدمة عبدين) كذا يصح في غلة دار او دارين وكان ينبغي ذكره ذا المناسب قوله بعد لا في غلة عبد او عبدين (قوله اذا كانت المهايأة في المكان كانت افرازا من كل وجه) من الا وجه (قوله وفي المهايأة في الزمان افراز من وجه) ويجعل كالمستقرض لنصيب شريكه ولذلك اذا تهايا في دار فزادت غلة الدار في نوبة احدهما على الغلة في نوبة الآخر يشتركان في الزيادة تحقيقا للعدل بخلاف ما اذا كان التهايؤ في المنافع فاستغل احدهما في نوبته زيادة وبخلاف ما لو تهايا على الاستغلال في الدارين وفضلت غلة احدهما حيث لا يشتركان فيه (قوله لا في غلة عبد او عبدين الخ) قول ابي حنيفة وعندهما يجوز وجملة الامر ان مسائل التهايؤ اثنتا عشرة مسئلة ففي استخدام عبد واحد جائز بالاتفاق وكذا في استخدام العبدين على الاصح والتهايؤ في استغلال عبد واحد او بغل لا يجوز اتفاقا وفي العبدين والبغلين اختلاف والتهايؤ في سكنى دار واحدة يجوز اتفاقا وكذا في غلتها وكذا في سكنى دارين وغلتهما خلاف والاظهر انه يجوز اتفاقا وركوب بغل او بغلين على الخلاف كما في التبيين والله الموفق بمنه وكرمه ﴿ كتاب الوصايا ﴾ (ويستعمل)

(**قوله** فهمنا بابان الاول فى بيان الوصية) يشتمل على باب الوصية بالثلث وباب العتق فى المرض وباب الوصية للاقارب وباب الوصية بالخدمة اه والباب الثانى فى الايصاء اه ففيه تساهل من اطلاق الاول على باب وقد ضمن امثاله (**قوله** ركنها (**قوله** اوصيت بكذا لفلان ونحوه) يشير الى ان القبول شرط كما قال فى الخلاصة اذا اوصية يشترط فيها القبول وذلك بالصريح او بالدلالة بان يموت الموصى له بعد موت الموصى اه ويخالفه ما قال فى البدائع واما ركن الوصية فقد اختلف فيه قال اصحابنا الثلاثة اى الامام وصاحباه هو الايجاب والقبول الايجاب من الموصى والقبول من الموصى له فالم يوجدا جميعا لايتم الركن وان شئت قلت ركن الوصية الايجاب من الموصى وعدم الرد من الموصى له وهو ان يقع اليأس عن رده وهذا اسهل لتخريج المسائل على ما نذكر وقال زفر الركن وهو الايجاب من الموصى فقط اه وذكر التوجيه لكل (**قوله** فلا يجوز من المملوك ولو مكاتبا) يعنى ما لم يضف الى العتق كما سيأتى (**قوله** والصغير) يستثنى منه تجهيزه كما سيأتى (**قوله** وكون الموصى له حيا وقتها) يرد عليه الوصية للحمل اذ يشترط وجوده لا حياته لان نفخ الروح يكون بعد وجدانه وقتها غير حى (**قوله** وكونه غير وارث) يعنى وقت الموت (**قوله** لما سيأتى من عدم جواز الوصية للوارث) المراد عدم النفوذ (**قوله** وحكمها كون الموصى به الخ) هذا فى جانب الموصى له واما فى جانب الموصى فهو على اقسام مندوبة واجبة مكروهة مباحة كما سنذكره (**قوله** جازت بالثلث للاجنبى) يعنى نفذت (**قوله** ويعتبر كونه وارثا او غير وارث وقت الموت) قال الزيلعى واقرار المريض للوارث على عكسه وتمامه فيه فليراجع (**قوله** الا ان يجيز ورثته) قال الزيلعى وان اجاز البعض نفذ عليه بقدر حصته واذا وجدت الاجازة بعد الموت تملكه المجازله من قبل الموصى عندنا حتى يجبر الوارث على التسليم (**قوله** وندبت الخ) الوصية على اربعة اقسام واجبة كالوصية برد الوديعة والديون المجهولة ومستحبة كالوصية بالكفارات وفدية الصلوات والصيامات ومباحة كالوصية للاغنياء من الاجانب والاقارب ومكروهة كالوصية لاهل الفسوق والعاصى كذا فى المجتبى وفيه تأمل لما قال فى البدائع الوصية بما عليه من الفرائض والواجبات كالحج والزكاة والكفارات واجبة اه (**قوله** او استغنائهم بحصتهم) قال فى الخلاصة وقدر الاستغناء عن ابى حنيفة اذا ترك لكل واحد من الورثة اربعة الآف اى درهم دون الوصية وعن الامام الفضلى عشرة الآف اه

ويستعمل اخرى بالى يقال اوصى فلان الى فلان بمعنى جعله وصياله يتصرف فى ماله واطفاله بعد موته والقوم لم يتعرضوا للفرق بينهما وبيان كل منهما بالاستقلال بل ذكروهما فى اثناء تقرير المسائل وقد بين كل منهما ههنا بانفراده ولما امتنع تعريف اللفظ المشترك بين المعنيين بمفهوم واحد عرف كلا منهما بادخال او المقسمة بينهما فقال (الايصاء جعل الغير مالكا لماله بعد موته او تفويض التصرف فى ماله ومصالح اطفاله الى غيره بعد موته فههنا بابان) لبيان المعنيين (الاول فى بيان الوصية بالمال ونحوه) وهو المنفعة فان الوصية قد تكون بالمنفعة كما سيأتى (ركنها قوله اوصيت بكذا لفلان ونحوه) من الالفاظ المستعملة فيها (وشرطها كون الموصى اهلا للتمليك) فلا يجوز من المملوك ولو مكاتبا والصغير والمجنون (وعدم استغراقه بالدين) لانه مقدم على الوصية كما سيأتى (و) كون (الموصى له حيا وقتها) اذ لو كان ميتا لبطلت الوصية (و) كونه (غير وارث ولا قاتل) كما سيأتى من عدم جواز الوصية للوارث والقاتل (و) كون الموصى به قابلا للتمليك بعد موت الموصى) مالا كان او منفعة (وحكمها كون الموصى به ملكا جديدا للموصى له) لاقامة الموصى اياه مقام نفسه حتى وجب عليه الاستبراء للجارية الموصى بها (جازت بالثلث للاجنبى وان لم يجزها الوارث) لقوله صلى الله عليه وسلم ان الله تعالى تصدق عليكم بثلث اموالكم فى آخر اعماركم زيادة لكم فى اعمالكم فضعوها حيث شئتم وعليه الاجماع ويعتبر كونه وارثا او غير وارث وقت الموت لا وقت الوصية لانها تمليك مضاف الى ما بعد الموت فيعتبر وقت التمليك حتى اذا اوصى لاخيه وهو وارث ثم ولد له ابن صحت الوصية للاخ ولو عكس بان اوصى لاخيه وله ابن ثم مات الابن قبل موت الموصى بطلت الوصية للاخ لما ذكرنا (لا الزيادة عليه) اى على الثلث لان حق الورثة تعلق بماله لانعقاد سبب زواله اليهم وهو استغناؤه عن المال لكن الشرع جوزه فى حق الاجانب بقدر الثلث ليتدارك تقصيره كما مر ولم يجوزه فى حق الورثة لئلا يتأذى بعضهم بايثار البعض (الا ان يجيز ورثته بعده) اى بعد موته (وهم كبار) لان الامتناع لحقهم وهم اسقطوه ولا تعتبر اجازتهم حال حياته لانها قبل ثبوت الحق لان ثبوته عند الموت فكان لهم ان يردوه بعد وفاته بخلاف ما بعد الموت لانه بعد ثبوت الحق فليس لهم ان يرجعوا عنه لان الساقط لا يعود (وندب باقل منه) اى من الثلث (عند فقر ورثته او استغنائهم بحصتهم) لانه تردد بين الصدقة على الاجنبى والهبة للقريب والاول اولى اذ يبتغى بها رضاالله تعالى

(قوله لقوله صلى الله عليه وسلم افضل الصدقة الخ) لعله ليس لفظ الحديث وانما اشار اليه ثم ذكر دليلا عقليا ولذا قال فى الاختيار وان كانت الورثة فقراء لا يستغنون بنصيبهم فتركها افضل لما فيه من الصلة والصدقة عليهم قال صلى الله عليه وسلم افضل الصدقة الصدقة على ذى الرحم الكاشح وقال صلى الله عليه وسلم لا صدقة وذو رحم محتاج وهو كما قال صلى الله عليه وسلم صدقة وصلة لانه فقير فتكون صدقة وقريب فتكون صلة وان كانوا اغنياء او يستغنون بميراثهم فقبل الوصية اولى وقيل يخير لان الوصية صدقة او مبرة وتركها صلة والكل خير اه (قوله ولو لا هما اى لو لا غناهم واستغناؤهم بحصتهم) اى كائن بان كانوا فقراء ولا يستغنون بحصتهم فالترك اولى (قوله كتركها مع احدهما) قال بعض الافاضل يلزم ان يكون تركها اولى مع وجود الغنى فقط وكذا مع وجود الاستغناء فقط فيخالف ما سبق من كونها مندوبة عند وجود احدهما فقط وقد سبق انها مندوبة مع احدهما باقل من الثلث اه وهذا ظاهر وتكلف بعض من الفضلاء فقال قوله كتركها مع احدهما هكذا فى النسخ المتداولة والاظهر ان كلمة لا ساقطة من ﴿ ٤٢٨ ﴾ الاصل فان المعنى كتركها لا مع احدهما بقرينة تفسيره بقوله اى ان لم تكن الورثة اغنياء مع ما يشهد به سياق الكلام اه واعترضه فاضل ثالث فقال وفيه بحث اى فى كلام الثانى لانه ان كان مؤدى قوله لا مع احدهما عدمهما معا فهو ماذكره بقوله ولو لا هما الخ فيلزم التكرار وان كان عدم احدهما يكون ذلك صورة كون الوصية مندوبة على ما ذكره فآخر كلامه يناقض اوله فتدبر اه ونص المذهب ما قال فى الكافى الوصية باقل من الثلث اولى من تركها اذا كانت الورثة اغنياء او يستغنون بنصيبهم لانه تردد بين الصدقة على الاجنبى والهبة للقريب والاولى اولى لانه يبتغى بها رضاء الله تعالى وقيل يخير كما ذكرناه عنه وان كان الورثة فقراء ولا يستغنون بما يرثون فالترك اولى لان ترك الوصية صدقة على القريب بقدر الوصيه تصدق على الاجنبى والاول اولى لقوله عليه الصلاة والسلام افضل الصدقة الصدقة على ذى الرحم الكاشح اه (قوله لانه لا تقصير فيه فى حياته وجب عليه التدارك بعد مماته) كان ينبغى ان يقال عند مماته (قوله فاما ان يقيد هذا بما سوى العين) فيه تأمل اذ يشمل الدراهم المرسلة وتقدم ان الاصح انها كالعين فكان ينبغى ان يزيد بما سوى الدراهم المرسلة (قوله جازت الوصية فى كلهم) عبارة قاضيخان فى قولهم (قوله (وصحت للحمل وبه ان ولد لاقل من ستة اشهر من وقتها) كذا فى الهداية والكنز وقال قاضى زاده بشرط ان يعلم انه موجود فى البطن وقت الوصية له او به بان جاءت به لاقل من ستة اشهر من وقت الوصية على ما ذكره الطحاوى وصححه الاسبيجابى فى شرح الكافى واختاره المصنف اى صاحب الهداية او من وقت موت الموصى بان جاءت به لاقل من ستة اشهر من وقت موته على ما ذكره الفقيه ابو الليث فى نكت الوصايا والامام الاسبيجابى فى شرح الطحاوى واختاره صاحب النهاية هذا زبدة ما فى العناية وغاية البيان اه وفى الكافى ما يدل على انه ان اوصى له يعتبر من وقت الوصية وان اوصى به يعتبر من وقت الموت كما فى التبيين (قوله بان يقول اوصيت لحمل فلانة كذا درهما) ينبغى بكذا درهما

(ولو لا هما) اى لو لا غناهم ولا استغناؤهم بحصتهم (فالترك اولى) لان فى ترك الوصية صدقة على القريب بقدر الوصية والوصية تصدق على الاجنبى فالاولى اولى لقوله صلى الله عليه وسلم افضل الصدقة على ذى الرحم الكاشح (كتركها مع احدهما) اى ان لم تكن الورثة اغنياء او لا يستغنون بحصتهم من التركة فترك الوصية اولى (ووجبت اذا كان عليه حق الله تعالى كالحج والزكاة) لانه لما قصر فيه فى حياته وجب عليه التدارك بعد مماته تخلية لذمته (وتؤخر) اى الوصية (عن الدين) لانه اهم الحاجتين فانه فرض والوصية تبرع الا ان يبرئه الغرماء فحينئذ تصح لزوال المانع (وصحت) اى الوصية (بالكل) اى بكل ماله (عند عدم وارثه) لان المانع من الصحة تعلق حق الوارث فاذا انتفى تصح (و) صحت (لمملوكه بثلث ماله) فى الخلاصة الوصية للعبد بعين من اعيان ماله لا تصح اما لو اوصى بثلث ماله له مطلقا تصح وتكون وصية للعتق فان خرج من الثلث قيمة العبد عتق كله بغير سعاية وان خرج بعضه عتق وسعى فى بقية قيمته ولو اوصى له بشئ من الدراهم او الدنانير المرسلة قال الامام النسفى الاصح انه لا تصح كالوصية بالعين وقال فى النية او اوصى لعبده القن او لامته القنة جازت الوصية وهذا مخالف لما فى الخلاصة فاما ان يقيد هذا بما سوى العين او يطلق ويحمل على غير الاصح وفى الخانية لو اوصى لمكاتب نفسه او لام ولد نفسه او لمدبر نفسه جاز الكل استحسانا ولو اوصى لعبده القن او لامته القنة ثم مات جازت الوصية فى كلهم الا ان عند ابى حنيفة فى الوصية للقن يعتق ثلثه مجانا وعليه ثلثا قيمته وله ثلث ماله من سائر التركة فيتقاصان ويترادان الفضل وعند صاحبيه يعتق العبد وتصرف الوصية اولا الى العتق فان فضل من الثلث شئ كان الفضل للعبد (وصحت للحمل) بان يقول اوصيت لحمل فلانة كذا (درهما)

(قوله لكن فى الثانية انما تصح ان ولد الحمل لاقل من ستة اشهر من وقتها) لعله انما قيد بهذا فى الثانية دون الاولى مشيا على ما اختاره صاحب الهداية لكن لا يعلم به حكم ابتداء المجيء بالحمل فى الاولى فكان ينبغى له ترك هذا القيد فى الثانية ويعلم ابتداء وقت المجيء به فى الصورتين من وقت الوصية من متنه ﴿تنبيه﴾ اذا كانت الجارية معتدة حين الوصية يعتبر الولادة لاجل ثبوت النسب الى سنتين كما فى الجوهرة والمراد اقل من سنتين بما يمكن وجوده حال الوصية (قوله وفى السير الكبير ما يدل على الجواز) قال قاضى زاده كذا ذكره شراح الجامع الصغير وتبعهم شراح الهداية ولم يقيد صاحب المحيط فوائهم ذكر فى السير الكبير الخ واستنبط منه بطلان الوصية للحربى ولعل الحق رأى صاحب المحيط اه وقال المرحوم جوى زاده انه لم يذكر فى السير ما يدل على ما ذكروه وهذه عبارته اقول قال فى المحيط البرهانى ولو اوصى مسلم لحربى والحربى فى دار الحرب لا تجوز هذه الوصية وان اجازه الورثة فقد فرق بين الوصية للحربى وبين الوصية للاجنبى بما زاد على الثلث والوصية للوارث والفرق ان امتناع جواز الوصية للحربى بحق الشرع لان الشرع نهانا عن برهم ولهذا لا يجوز للمسلم الصحيح برالحربى والوصية للوارث ما امتنع جوازها لكونه منهيا عن بره الا يرى انه لو بره المورث فى صحته يجوز وثاب على ذلك وانما امتنع جوازها لحق باقى ﴿ ٤٢٩ ﴾ الورثة وكذا الوصية للاجنبى بما زاد على الثلث فيجوزان باجازتهم ولان الحربى فى دار الحرب بمنزلة الميت فى حقنا والوصية للميت باطلة كذا ذكر مسئلة الحربى فى وصايا الاصل وفى شرح الطحاوى قالوا وذكر فى السير الكبير ما يدل على جواز الوصية للحربى واختلف المشايخ فيه منهم من وفق بين ما ذكر فى الاصل وبين ما ذكر فى السير وذكر ما فى الكافى ومنهم من قال فى المسئلة روايتان هكذا قالوا والمذكور فى السير الكبير ان الوصية للحربى باطلة وصورة المذكور ثمة لو اوصى مسلم لحربى والحربى فى دار الحرب لا يجوز الى آخر ما نقله عنه ورأيت المسئلة التى نقلها صاحب المحيط فى شرح السير الكبير للسرخسى وقد فصلها تفصيلا وافيا وتتبعتها كثيرا لا ظفر بما قالوا انه يدل على الجواز فلم ارفيه غير ما ذكره فى موضع آخر منه بقوله فنقول لا بأس ان يصل الرجل المسلم المشرك قريبا كان او بعيدا محاربا كان او ذميا واستدل عليه بأحاديث منها انه بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم خمسمائة دينار الى مكة حين قحطوا وامر بدفع ذلك الى ابى سفيان بن حرب وصفوان ابن امية ليفرقا على فقراء اهل مكة فقبل ذلك ابو سفيان وابو صفوان قال وبه نأخذ ولان صلة الرحم محمودة عند كل عاقل وفى كل دين والاهداء الى الغير من مكارم الاخلاق قال صلى الله عليه وسلم بعثت لاتمم مكارم الاخلاق فعرفنا ان ذلك حسن فى حق المسلمين والمشركين جميعا اه مختصرا فلم اشك فى ان مرادهم بما يدل على الجواز كلامه هذا لكن من اراد التوفيق لم يطلع على المراد فوفق رجما بالغيب مع عدم استقامتهما اولا الفرق الثانى الذى بنى السرخسى بطلان الوصية عليه لدى هذا الكلام على انها محمودة ينبغى ان تفعل ولو كان الحربى فى دار الحرب لما ذكرناه من الحديث ثم الفرق الاول من الفرقين لا يستقيم على ما نقلناه عن شرح السير فالخلاف فى جواز صلة الحربى وعدمه لا فى جواز الوصية له وعدمه لاقتضاء الفرق الثانى عدم جوازها اه عبارة المرحوم جوى زاده الا انه يتأمل فى (قوله ولهذا لا يجوز للمسلم الصحيح برالحربى مع (قوله بعده لا بأس ان يصل المسلم الرجل المشرك قريبا كان او بعيدا محاربا كان او ذميا (قوله وجه التوفيق) علم بما ذكره المرحوم جوى زاده انه لا احتياج الى هذا لعدم ثبوت ما يجوز الوصية للحربى (قوله اقول لا يخفى بعده بل وجه التوفيق الخ) قال قاضى زاده رحمه الله تعالى اقول هذا كلام عجيب فان لفظ السير الكبير على

درهما (وبه) اى بالحمل ايضا بان يقول اوصيت بحمل جاريتى هذه لفلان فان الوصيتين تصحان لان الوصية اخت الميراث والارث يجرى فى الصورتين فتصح الوصية ايضا لكن الثانية انما تصح (ان ولد) اى الحمل (لاقل من ستة اشهر من وقتها) اى من وقت الوصية فان صحة وصية الحمل موقوفة على وجوده وانما يتيقن بوجوده اذا ولد فى هذه المدة (وبالامة الا حملها) فانها ايضا تصح لان الاصل ان ما يصح افراده بالعقد يصح استثناؤه وما لا فلا كما عرف فى البيوع ويصح افراد الحمل بالوصية فيصح استثناؤه (و) من (المسلم للذمى وبالعكس) فالاول لقوله تعالى لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم فى الدين الآية والثانى لانه بعقد الذمة يساوى المسلم فى المعاملات حتى جاز التبرع من الجانبين فى الحياة فكذا فى الممات (لا حربى فى داره) فى الجامع الصغير الوصية للحربى وهو فى دارهم باطلة لانها بر وصلة وقد نهينا عن بر من يقاتلنا لقوله تعالى انما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم فى الدين واخرجوكم من دياركم الآية وفى السير الكبير ما يدل على الجواز وجه التوفيق انه لا ينبغى ان يفعل وان فعل جاز كذا فى الكافى والنهاية اقول لا يخفى بعده بل وجه التوفيق ما يدل عليه قول الجامع الصغير وهو فى دارهم فانه احتراز من حربى ليس فى دارهم وهو المستأمن فان الحربى ما دام فى دار الحرب ممن يقاتلنا بخلاف المستأمن فانه ليس كذلك وهو المراد مما ذكر فى السير الكبير (ولا لوارثه) لقوله صلى الله عليه وسلم لا وصية لوارث (وقاتله مباشرة) سواء كان عامدا او خاطئا لقوله

صلى الله عليه وسلم لا وصية للقاتل ولانه قصد الاستعجال بفعل محظور فيعاقب بالحرمان من مقصوده وهو الارث وقوله مباشرة احتراز عن التسبيب كوضع الحجر في غير ملكه (الا باجازة ورثته وهم كبار) الاستثناء متعلق بالمسئلتين (او يكون القاتل صبيا) ذكره في الاسرار (ولا من صبي مميز) لانها تبرع وهو ليس من اهله (الا في تجهيزه وامر دفنه) فانه يجوز عندنا استحسانا حتى اذا لم يكن مميزا لم يجز اصلا (وان) وصلية (مات بعد الادراك) هذا متعلق بقوله ولا من صبي مميز يعني اذا اوصى ثم مات بعد الادراك لم تجز لعدم الاهلية وقت المباشرة (او اضافها اليه) بان قال اذا ادركت فثلثي لفلان وصية فانه لا يجوز لقصور الولاية فلا يملكه تنجيزا وتعليقا كما في الطلاق والعتاق (و) لا (من عبد) لانه ليس من اهل التبرع (ومكاتب وان ترك وفاء) لانه ايضا ليس من اهل التبرع وقيل عندهما تصح في صورة ترك الوفاء (الا اذا اضافاها) اي اضاف العبد والمكاتب الوصية (الى العتق) فحينئذ تصح لان اهليتهما تامة والمانع حق المولى فتصح اضافته الى حال اسقاطه (ولا من معتقل اللسان بالاشارة) اعلم ان ايماء الاخرس وكتابته كالبيان بخلاف معتقل اللسان في وصية ونكاح وطلاق وبيع وشراء وقود والفرق ان الاشارة انما تقوم مقام العبارة اذا كانت معهودة وذلك في الاخرس دون معتقل اللسان حتى لو امتد ذلك وصارت له اشارة معهودة كان بمنزلة الاخرس وقدر الامتداد بسنة وقيل ان دامت العقلة الى الموت يجوز اقراره بالاشارة ويجوز الاشهاد عليه لانه عجز عن النطق بمعنى لا يرجى زواله فكان كالاخرس قالوا وعليه الفتوى ذكره الزيلعي (قبولها بعد موته) اي قبول الوصية لا يعتبر الا بعد موت الموصي لان اوان ثبوت حكمها بعد الموت (فيبطل قبولها وردها قبله) اي قبل الموت كما اذا قال لامرأته انت طالق غدا على درهم فان ردها وقبولها بالملل قبل الغد كالعدم (وبه) اي بالقبول (يملك) اي الموصى به ولا يملك قبله لان الوصية اثبات ملك جديد ولهذا لا يرد الموصى له بالعيب ولا يملك احد اثبات الملك لغيره بلا اختياره بخلاف الميراث فانه خلافة حتى يثبت فيه هذه الاحكام جبرا من الشارع بلا قبول لولايته عليه (الا اذا مات موصيه ثم هو) اي الموصى له بلا قبول (فهو) اي الموصى به (لورثته) اي ورثة الموصى له استحسانا والقياس ان تبطل الوصية لما ذكرنا ان الملك موقوف على القبول فصار كمشتر مات قبل قبوله بعد ايجاب البائع وجه الاستحسان ان الوصية من جانب الموصي قد تمت بموته تماما لا يلحقه الفسخ من جهته وانما توقفت لحق الموصى له فاذا مات دخل في ملكه كما في بيع شرط فيه الخيار للمشتري اذا مات قبل الاجازة (وله) اي يجوز للموصي (الرجوع عنه) اي الوصية (بقول صريح) نحو رجعت عما اوصيت لانه تبرع لم يتم فصار كالهبة (او فعل يقطع حق المالك عن المغصوب) كقطع الثوب وخياطته (او يزيد في الموصى به ما يمنع تسليمه بدونه كالبناء او يزيل ملكه كالبيع) فان كل تصرف اوجب زوال ملك الموصي كان رجوعا كما اذا باع الموصى به ثم اشتراه او وهبه ثم رجع فان الوصية لا تنفذ الا في ملكه فاذا زال عنه كان رجوعا وذبح الشاة الموصى بها رجوع لانه للصرف الى حاجته

ماتقله صاحب المحيط لو اوصى مسلم لحربي والحربي في دار الحرب لا يجوز اه فكيف يمكن ان يكون المستأمن هو المراد بما ذكر في السير الكبير اه (قوله فيعاقب بالحرمان عن مقصوده وهو الارث) لعل صوابه وهو الوصية اذ الكلام في الوصية للقاتل لا الارث (قوله الاستثناء متعلق بالمسئلتين) قال في البرهان الوصية للقاتل تجوز باجازة الورثة عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا تجوز ولو اجازها الورثة والخلاف في غير قتله عمدا بعدها اما لو قتله عمدا بعد الوصية فانها تكون ملغاة بالاتفاق اه (قوله او يكون القاتل صبيا) معطوف على باجازة ورثته ولا يحتاج هنا الى اجازة الورثة كما اشار اليه ولما قال في شرح المجمع لو كان القاتل صبيا او مجنونا جازت الوصية وان لم تجز الورثة اتفاقا من الحقائق اه ولعل الفرق بينه وبين قتل العاقل البالغ خطأ ان الصغير او المجنون ليس من اهل العقوبة وقصده غير معتبر في الاستعجال (قوله ولا من صبي الا في تجهيزه وامر دفنه) لكنه يراعى فيه المصلحة لما قال في الخلاصة عن الروضة لو اوصى بأن يكفن بالف دينار يكفن بكفن وسط ولو اوصى بان يكفن في ثوبين لا يراعى شرائط الوصية ولو اوصى بان يكفن في خمسة اثواب او ستة اثواب يراعى شرائطه ولو اوصى بان يدفن مقبرة كذا بقرب فلان الزاهد يراعى شرطه ان لم يلزم في التركة مؤنة الحمل ولو اوصى بأن يقبر مع فلان في قبر واحد لا يراعى شرطه (قوله قالوا وعليه الفتوى ذكره الزيلعي) كذا قال في البرهان لا تصح باشارة معتقل اللسان الا اذا دام الى الموت على المفتى به اه

عادة فصار هذا المعنى اصلا ايضا (بخلاف غسل ثوب اوصى به) فانه لا يكون رجوعا لان من اراد ان يعطى ثوبه غيره يغسله عادة فكان تقريرا (الجحود ليس برجوع) لان الرجوع اثبات فى الماضى ونفى فى الحال والجحود نفى فى الماضى والحال فبينهما تناف ولهذا لا يكون جحود النكاح فرقة (كذا كل وصية اوصيت بها فهى حرام اوربا) فانه ايضا ليس برجوع لان وصف الحرمة والربوية يقتضى بقاء الاصل فلا يتحقق الرجوع (و) قوله (كل وصية اوصيت بها فهى باطلة بخلاف تركتها) فان الاول ليس برجوع والثانى رجوع لان ترك الشئ اسقاط والتأخير ليس باسقاط فان الدائن اذا قال لمديونه تركت لك دينك كان ابراء له ولو قال اخرته عنك لا يكون ابراء كذا فى المحيط (و) بخلاف كل (وصية اوصيت بها فهى باطلة) فانه ايضا رجوع لان الباطل ذاهب متلاش لا اصل له (او الذى اوصيت به لزيد فهو لعمرو او لفلان وارثى) فان كلا منهما يكون رجوعا لان اللفظ يدل على قطع الشركة واثبات التخصيص له فاقتضى رجوعا عن الاول ثم الورثة بالخيار ان شاؤا اجازوا وان شاؤا ردوا بخلاف ما اذا اوصى به لآخر ايضا فانه لا يكون رجوعا لان اللفظ صالح للشركة والمحل يقبلها فيكون العبد مشتركا بينهما (ولو كان فلان ميتا وقتها فالاولى من الوصيتين (بحالها) لان بطلان الاول من ضرورات الاثبات للثانى فاذا لم يثبت له فهو للاول (ولو) كان فلان (حيا) وقتها (فمات قبل الموصى فهى لورثة الموصى) لبطلان الوصيتين لانه لما ثبت للثانى كان رجوعا عن الاول فبطلت فى حق الاول وصحت فى حق الثانى ثم بطلت بموته قبل موت الموصى (تبطل هبة المريض ووصيته لمن نكحها بعدهما) اى بعد الهبة والوصية الاصل فى هذا الفصل ان كون الموصى له وارثا او غير وارث لجواز الوصية وفسادها يعتبر يوم الموت لا يوم الوصية وفى الاقرار يعتبر كون المقر له وارثا او غير وارث يوم الاقرار لجوازه وفساده فاذا اوصى المريض لامرأة بشئ او وهب لها شيأ ثم تزوجها ثم مات بطلت الوصية والهبة اما الوصية فلانها ايجاب مضاف الى ما بعد الموت وهى وارثة حينئذ والوصية للوارث باطلة واما الهبة وان كانت منجزة صورة فهى كالمضافة الى ما بعد الموت حكما لانها وقعت موقع الوصايا لانها تبرع يتقرر حكمه عند الموت (بخلاف اقراره) فان المريض اذا اقر لامرأة بدين ثم تزوجها ثم مات جاز اقراره لها لان المعتبر فيه كون المقر له وارثا او غير وارث يوم الاقرار وهى اجنبية فيه (و) تبطل (وصيته وهبته واقراره لابنه كافرا او عبدا او مكاتبا ان اسلم او اعتق بعد ذلك) اى بعد الوصية والهبة وغيرهما اما الوصية والهبة فلان المعتبر فيهما حال الموت واما الاقرار فانه وان كان ملزما بنفسه لكن سبب الارث وهو البنوة قائم وقت الاقرار فيورث تهمة الايثار فصار باعتبار التهمة ملحقا بالوصايا (المقعد) وهو العاجز عن المشى لداء فى رجليه (والمفلوج) الفالج داء يعرض لنصف البدن فيمنعه عن الحس والحركة الارادية (والاشل) وهو الذى فى يده ارتعاش وحركة (والمسلول) وهو الذى يكون له علة السل وهو قرح يكون فى الرئة (ان طال مدته سنة كالصحيح والا فكالمريض) يعنى ان هذه امراض مزمنة فمن عرض له واحد منها وتصرف بشئ

(قوله الجحود ليس برجوع) هو قول محمد وهو الصحيح كما فى التبيين وعليه الفتوى كما فى البرهان وقال ابو يوسف هو رجوع (قوله كذا فى المحيط) وذكره فى التبيين والكافى (قوله فهو لعمرو او لفلان وارثى) القيد بالوارث خاص بالاخير وهو فلان فقط (قوله ثم الورثة بالخيار) يعنى فى تجويز الوصية لفلان الوارث كما ذكره قاضيخان واما عمرو فالوصية له لا تتوقف على اجازتهم (قوله بخلاف اقراره) يعنى للمرأة كما شرح به ويعتبر اقراره من جميع المال كما فى التبيين (قوله ان طال مدته سنة كالصحيح والا فكالمريض) كذا فسر الطول بسنة فى الخانية وقيد هذا فى الخلاصة بما اذا لم يتغير حاله فقال اذا طال به المرض ولا يخاف عليه الموت كالفالج والشلل اذا كان زمنا او مقعدا او يابس الشق فهذا لا يكون حكم المريض الا اذا تغير حاله من ذلك ومات من ذلك التغير فما فعل فى حالة التغير يعتبر من الثلث اه والله اعلم

من التبرعات ثم مات قبل تمام سنة مشتملة على الفصول الاربعة كان المرض مرض الموت فتعتبر تصرفاته من الثلث وان مات بعد تمامها لم يكن مرض الموت لانه اذا سلم في الفصول التي كل منها مظنة الهلاك صار المرض بمنزلة طبع من طبائعه وخرج صاحبه من احكام المريض حتى لا يشتغل بالتداوى (اجتمع الوصايا) وكان بعضها فرضا وبعضها نفلا (وضاق الثلث فى الفرض والنفل قدم الفرض) سواء قدمه الموصى او اخره كالحج والزكاة والكفارات لان الاصل ان يقدم الاهم (وان تساوت) فى القوة (قدم ما قدم) اى الموصى فى الذكر لان الظاهر من حال الانسان ان يبدأ بما هو الاهم عنده والثابت بالظاهر كالثابت بالنص ولو نص على تقديم ما بدأ به لزم ما تقدم به كذا هنا (اوصى بحج حج عنه راكبا من بلده ان كفى نفقته) لان الواجب الحج من بلده ولهذا يعتبر فيه من المال ما يكفيه من بلده والوصية لاداء ما كان واجبا عليه ويحج راكبا اذ لا يلزمه ان يحج ماشيا فانصرف اليه على الوجه الذى وجب عليه (والا) اى وان لم تكف (فمن حيث تكفى) والقياس ان لا يحج عنه لانه اوصى بالحج بصفة وقد عدمت وجه الاستحسان انا نعلم ان غرضه تنفيذ الوصية فتنفذ ما امكن (مات حاج فى طريقه واوصى به) اى بان يحج عنه (يحج كذلك) اى من بلده ان كفى نفقته والا فمن حيث تكفى وقالا وهو قول زفر يحج عنه من حيث تبلغ وعلى هذا الخلاف اذا مات الحاج عن غيره فى الطريق واما من لا وطن له فيحج عنه من حيث مات بالاجماع ذكره الزيلعى (اوصى بان يحج عنه بهذه المائة فهلك منها درهم يحج عنه بما بقى من حيث تبلغ) استحسانا (وان لم يهلك شئ حج بها فان بقى منه شئ رد على الوارث) لان التركة حق الورثة الا ما اشتغل بحق الوصية (بخلاف الوصية باعتاق عبد عنه) اى بهذه المائة فهلك منها درهم (حيث لم يعتق بالباقى) لان الوصية اذا وجبت لمستحق لم يصح تنفيذها لغيره وههنا اوصى بالعتق لعبد يشترى بما سمى فلم يصح تنفيذها فى عبد يشترى باقل منه لانه غير الاول فكان فيه تنفيذ الوصية لغير الموصى له وذا لا يجوز (اوصى بان يشترى بكل ماله عبد فيعتق عنه ولم يجز الورثة بطلت) لما مر ان العبد المشترى بالكل مغاير للمشترى بالثلث (كذا اذا اوصى بان يشترى له عبد بالف درهم فزاد الالف على الثلث لم تجز) للتغاير بينهما ايضا

باب الوصية بالثلث

(اوصى له بثلثه ولآخر بثلثه فان اجاز الورثة فلهما الثلثان ولهم الثلث وان لم يجيزوا) اى الورثة (فالثلث بينهما) نصفين لانهما استويا فى سبب الاستحقاق فيستويان فى الاستحقاق والثلث يضيق عن حقهما فيكون بينهما (ولو) اوصى (له بثلثه ولآخر بكله ولم يجيزوا فكذا عند ابى حنيفة) اى الثلث بنصف بينهما (وعندهما ربع) اى يجعل اربعة اسهم ثلاثة للموصى له بالكل وواحد للموصى له بالثلث لان الزائد على الزائد على الثلث انما بطل بمعنى ان الموصى له لا يستحقه حقا على الوارث لكن يعتبر فى ان الموصى له يأخذ من الثلث بحصته ذلك الزائد فلا موجب لابطال هذا المعنى فمخرج الثلث ثلاثة فالثلث واحد والكل ثلاثة

باب الوصية بالثلث

(قوله ولو اوصى له بثلثه ولآخر بكله ولم يجيزوا فكذا عند ابى حنيفة اى الثلث بنصف بينهما) ويكون تصحيحها من ستة لان اصلها ثلاثة واحد للموصى لهما لا يستقيم عليهما فيضرب اثنان فى اصلها تبلغ ستة ثلثها اثنان بينهما والباقى للوارث

(قوله لمخرج الثلث ثلاثة الخ) فى معرفة الطريق خفاء والطريقة فى هذا انه لما اجتمع ههنا وصيتان وصية بالثلث ووصية بالكل كان اصل المسئلة من ثلاثة لحاجتنا الى الثلث فيؤخذ ثلثها الوصية فجعلناه اثلاثا والموصى له بالكل يدعى الكل وهو الثلاثة والموصى له بالثلث يدعى ثلثه وهو سهم فتعول الى اربعة اسهم سهم لصاحب الثلث وثلاثة اسهم لصاحب الجميع وهذه مسئلة الرد والحكم كذلك عندهما فى الاجازة انه يقسم المال ارباعا عندهما وطريقه ان تقول الاجازة فى قدر الثلث ساقطة العبرة فيقسم الثلث اولا بينهما بأن تجعل المسئلة من ثلاثة والواحد عليهما لا يستقيم فيضرب مخرج النصف فى الثلاثة اصل المسئلة تبلغ ستة فثلثها بينهما وبقى اربعة اسهم فصاحب الجميع يدعيها وصاحب الثلث يدعى سهما واحدا ليتم له ثلث جميع المال فيسلم للموصى له بالكل ثلاثة اسهم ويستوى منازعتهما فى السهم الباقى فينصف ولا يستقيم الواحد على مخرج النصف فضربنا مخرج النصف فى ستة فحصل اثنا عشر للموصى له بالكل اربعة ونصف فضعفناه فصار تسعة وهى ثلاثة ارباع المال وكان للموصى له بالثلث سهم ونصف فضعفناه فصار ثلاثة وهى ربع جميع المال انتهى الحكم عندهما واما عند ابى حنيفة ففى اجازة الوصية بالكل والثلث يقسم المال اسداسا بفرض المال ستة ولا نزاع لصاحب الثلث فى اربعة واستوت منازعتهما فى سهمين فينصفان فصار لصاحب الكل ﴿٤٣٣﴾ خمسة ولصاحب الثلث سهم كذا فى شرح المجمع قلت فاستوى اصاحب الثلث نصيبه فى حالتى الرد والاجازة اه ونقل مثل هذا الشيخ امام الفرضيين عبد الله الشنشورى الشافعى رحمه الله تعالى فى شرحه للترتيب من الحنفية ثم قال عن مصنف الترتيب قال اصحابنا وغيرهم وهذا دليل على فساد هذا القول لانه لا يجوز ان يستوى نصيب موصى له فى حالتى الاجازة والرد اه (قوله ولو له بثلثه ولآخر بنصفه و يجيزوا فالثلث بينهما نصفان عنده) وتصح المسئلة من ستة لاجتماع النصف والثلث وتباينهما فيؤخذ ثلثها اثنان لكل واحد واحد (قوله وعندهما على خمسة اسهم وتصح من خمسة عشر) لان مخرج الثلث والنصف ستة ومجموعهما منه خمسة وثلث المال واحد لا ينقسم على الخمسة فتضرب (درر ٥٥ نى) ثلاثة فى سهام الوصية تبلغ خمسة عشر ثلثها خمسة ثلاثة منها لصاحب النصف واثنان منها لصاحب الثلث والعشرة للورثة (قوله لانه يجعل كل سدس سهما) يعنى كل سدس من اصل المسئلة سهما من تصحيحها بانه لما اجتمع النصف والثلث وخص صاحب الثلث من الحاصل اثنان وهما سدسان بنسبة كل واحد منهما الى محل مخرج النصف والثلث اعطى سهمين من الخمسة التى هى ثلث جميع المال كما بيناه (قوله لانه الحاصل بالضرب) اى ضرب سهام الوصية وهى خمسة مما يحصل ضرب مخرج الثلث والنصف فى مخرج الثلث كما بيناه ففى عبارته تفنن لان الحاصل بالضرب هو معنى جعل كل سدس سهما كما بينا (قوله قال فى العناية اى لا يجعل من ضرب من ماله سهما اى جعل) فى التركيب تأمل هذا وقال بعضهم تفسير ضرب فى هذا المحل بشارك اولى من تفسيره بجعل اخذا من المضاربة التى هى المشاركة فى الربح لانه لا يستقيم التفسير بجعل فى تمام الكلام من عبارات المشايخ ويقال ضرب فى الجزور اذا اشترك فيها وفلان يضرب فيه بالثلث اى يأخذ منه شيأ بحكم ماله من الثلث اهـ وعدل عن هذه العبارة فى البرهان حيث قال والمصى له بأكثر من الثلث لا يفضل على الموصى له بالثلث عندنا اى عند ابى حنيفة الا فى المحاباة والسعاية والدراهم المرسلة

٥٤ وفضلاه اى فضل ابو يوسف ومحمد الموصى له بالاكثر مطلقا اهـ

فصارت اربعة فيقسم الثلث بهذه السهام (ولو له بثلثه ولآخر بنصفه ولم يجيزوا فالثلث بينهما نصفان عنده وعندهما على خمسة اسهم سهمان لصاحب الثلث) لانه يجعل كل سدس سهما (وثلاثة اسهم لصاحب النصف) لانه الحاصل بالضرب (ولو له بالسدس ولآخر بالثلث فالثلث بينهما اثلاثا عندهم) بلا خلاف ثم هذا الخلاف مبنى على خلاف مقرر بينهم ذكره بقوله (ولا يضرب ابو حنيفة للموصى له بما زاد على الثلث) قال فى العناية اى لا يجعل من ضرب من ماله سهما اى جعل ومفعول لا يضرب محذوف اى لا يضرب شيأ وقال صدر الشريعة المراد بالضرب الضرب المصطلح بين الحساب فاذا اوصى بالثلث والكل فعند ابى حنيفة سهام الوصية اثنان لكل واحد نصف يضرب النصف فى ثلث المال فالنصف فى الثلث يكون نصف الثلث وهو السدس فلكل سدس المال وعندهما سهام الوصية اربعة والواحد من الاربعة ربع فيضرب الربع فى ثلث يكون ربع الثلث ثم لصاحب الكل ثلاثة من الاربعة وهى ثلاثة ارباع الثلث فيضرب ثلاثة الارباع فى الثلث يعنى ثلاثة ارباع الثلث ولصاحب الثلث واحدة من الاربعة فيضرب الواحدة فى الثلث وهو الربع يعنى ربع الثلث (الا فى المحاباة) صورتها عبدان لرجل قيمة احدهما الف ومائة وقيمة الآخر ستمائة واوصى بان يباع احدهما لفلان بمائة والآخر لفلان بمائة فان المحاباة حصلت لاحدهما بالف وللآخر بخمسمائة والكل وصية لكونه فى حال المرض فان لم يكن له غيرهما ولم تجز الورثة

جازت المحاباة بقدر الثلث فيكون بينهما اثلاثا يضرب الموصى له بالالف بحسب وصيته وهى الف والموصى له الآخر بحسب وصيته وهى خمسمائة فلو كان هذا كسائر الوصايا على قول ابى حنيفة وجب ان لا يضرب الموصى له بالف باكثر من خمسمائة (والسعاية) صورتها ان يوصى بعتق عبدين قيمة احدهما الف وقيمة الآخر الفان ولا مال له غيرهما ان اجازها الورثة عتقا جميعا وان لم يجيزوا عتقا من الثلث وثلث ماله الف فالالف بينهما على قدر وصيتهما ثلثا الالف للذى قيمته الفان ويسعى فى الباقى والثلث للذى قيمته الف ويسعى فى الباقى (والدراهم المرسلة) اى المطلقة من كونها ثلثا او نصفا او نحوهما صورتها ان يوصى لرجل بالفين ولآخر بالف وثلث ماله الف ولم يجز الورثة فانه يكون بينهما اثلاثا كل واحد منهما يضرب بجميع وصيته لان الوصية فى مخرجها صحيحة لجواز ان يكون له مال آخر يخرج هذا القدر من الثلث ووجه فرق الامام بين هذه الصور الثلاث وبين غيرها ان الوصية اذا كانت مقدرة بما زاد على الثلث صريحا كالنصف والثلثين ونحوهما والشرع أبطل الوصية فى الزائد يكون ذكره لغوا فلا يعتبر فى حق الضرب بخلاف ما اذا لم تكن مقدرة حيث لا يكون فى العبارة ما يكون مبطلا للوصية كما اذا اوصى بخمسين درهما واتفق ان ماله مائة درهم فان الوصية غير باطلة بالكلية لامكان ان يظهر له مال فوق المائة واذا لم تكن باطلة بالكلية تكون معتبرة فى حق الضرب (ولو) اوصى (بنصيب ابنه بطل) لان الوصية بما هو حق الابن لا تصح لغيره (ولو) اوصى (بمثله) اى بمثل نصيب الابن (لا) اى لا تبطل اذ لا مانع منه (و) لو اوصى (بسهم او جزء) اى لو قال اوصيت بسهم من مالى او جزء منه (له بين وارثه) اى يقال للوارث اعط ما شئت لانه مجهول والجهالة لا تمنع صحة الوصية فالبيان الى الوارث هذا ما اختاره المشايخ بناء على العرف ان السهم كالجزء واما اصل الرواية فبخلافه وهو المذكور فى الوقاية (و) لو اوصى (بسدس ماله ثم بثلثه وأجيز له ثلثه اى يكون السدس داخلا فى الثلث قال صدر الشريعة فان قلت قوله ثلث مالى له ان كان اخبارا فكاذب وان كان انشاء يجب ان يكون له النصف عند اجازة الورثة وان كان فى السدس اخبارا وفى الثلث انشاء فهذا ممتنع ايضا اورد هذا السؤال ولم يجب عنه اقول وبالله التوفيق نختار انه انشاء وانما يجب له النصف عند اجازة لو كان النصف مدلول اللفظ وليس كذلك فان السدس والثلث فى كلامه شائع وضم الشائع الى الشائع لا يفيد ازديادا فى المقدار بل يتعين الاكثر مقدما كان او مؤخرا ولهذا قال الجمهور فى تعليله لان الثلث متضمن للسدس فان التضمن لا يتصور الا فى الشائع وضم السدس الشائع الى الثلث الشائع لا يفيد زيادة فى العدد فلا يتناول اكثر من الثلث وفائدة اجازة انما تظهر فيما يكون متناول اللفظ والا كان براً مستأنفا لا اجازة ويقرب من هذا قول اهل المعقول ان ضم الكلى الى الكلى لا يفيد الجزئية (وفى سدس مالى مكررا له سدسه) يعنى اذا قال سدس مالى له ثم قال فى ذلك المجلس او بمجلس آخر سدس مالى له كان له سدس واحد لان المعرفة اعيدت معرفة (وبثلث دراهمه او غنمه

(قوله فهذا ممتنع ايضا) اى كما انه امتنع ان يكون له النصف عند اجازة الورثة كذلك هنا (قوله وضم الشائع الى الشائع لا يفيد ازديادا فى المقدار) لقائل ان لا يسلم ذلك اذ الزيادة فيما ذكر ظاهرة لانه وان كان الثلث متضمنا السدس فلا يمنع ضمه اليه فتحصل الزيادة ولا يمنع المنع قول العناية جوابا عما اورد من انه اذا اجازت الورثة كان الواجب ان يكون له نصف المال والا لم يبق لقوله واجازة الورثة فائدة فالجواب ان معناه حقه الثلث وان اجازت الورثة لان السدس يدخل فى الثلث من حيث انه يحتمل انه اراد بالثانية زيادة السدس على الاولى حتى يتم له الثلث ويحتمل انه اراد بها ايجاب ثلث على السدس فيجعل السدس داخلا فى الثلث لانه متيقن وحملا لكلامه على ما يملكه وهو الايصاء بالثلث اهـ ووجه المنع ان صاحب الحق وهو الوارث رضى بما يحتمله كلام الموصى فاتجه ان يقال باجتماع الثلث مع السدس وامتناع ما كان غير متيقن لحق الوارث فبعد ان رضى كيف يتكلف للمنع اهـ ثم رأيت لقاضى زاده رحمه الله تعالى بحثا فى جواب صاحب العناية ونصه اقول فى قوله وحملا لكلامه على ما يملكه وهو الايصاء بالثلث بحيث لان ما يملكه انما هو الايصاء بالثلث اذا لم تجز الورثة واما اذا اجازت كما هو المفروض ههنا فيملك الايصاء بما زاد على الثلث ايضا ويتملكه المجازله من قبل الموصى عندنا كما مر فى اوائل هذا الكتاب فلا تتم هذه العلة فتدبر

((وهلك

وهلك ثلثاه له ما بقى) يعنى اذا اوصى بثلث دراهمه او ثلث غنمه فهلك ثلثا كل منهما وبقى ثلثه وهو يخرج من ثلث ما بقى من ماله فللموصى له جميع ما بقى وقال زفر له ثلث ما بقى لان كل واحد منهما مشترك بين الورثة والموصى له والمال المشترك يتوى ما توى منه على الشركة ويبقى ما بقى منه عليها وصار كما اذا كانت التركة اجناسا مختلفة ولنا انه فى الجنس الواحد يمكن جمع حق احدهم فى الواحد ولهذا يجرى فيه الجبر على القسمة واذا امكن الجمع جمع حق الموصى له فيما بقى تقديما للوصية على الارث لان الموصى جعل حاجته فى هذا المعين مقدمة على حق ورثته بقدر الموصى به فكان حق الورثة كالتبع وحق الموصى له كالاصل والاصل فى مال اشتمل على اصل وتبع اذا هلك شئ منه ان يجعل الهالك من التبع كما فى مال الزكاة حيث ينصرف الهالك الى العفو ولا تم الى نصاب يليه ثم وثم (و) لو اوصى (بثلث رقيقه او ثيابه مختلفة او دوره له) اى للموصى له (ثلث ما بقى) لان الظاهر منها التفاوت بين افرادها فتكون اجناسا مختلفة فلا يمكن جمع حق احدهم فى الواحد (و) لو اوصى (بالف وله) اى للموصى (نقد ودين على الغير من جنس الالف (هو) اى الالف الموصى به (نقد ان خرج) اى الالف (من ثلثه) اى ثلث النقد لامكان ايفاء كل ذى حق حقه بلا بخس فيصار اليه (والا فثلث النقد وثلث المأخوذ من الدين) يعنى كلما خرج شئ من الدين ثلثه حتى يستوفى الالف لان الموصى له شريك الوارث وفى تخصيصه بالعين بخس فى حق الورثة لان العين اولى من الدين (و) لو اوصى (بثلثه لزيد وبكر الميت كان لزيد مطلقا) اى سواء علم موت بكر اولا لان الميت ليس باهل للوصية فلا يزاحم الحى الذى هو من اهلها كما اذا اوصى لزيد وجدار وعن ابى يوسف انه اذا لم يعلم الموصى موته فله نصف الثلث لان الوصية صحيحة عنده لبكر فلم يرض للحى الا بنصف الثلث بخلاف ما اذا علم موته لان الوصية لبكر لغو فكان راضيا بكل الثلث لزيد (كذا لو) اوصى (له) اى لزيد (ولمن كان فى هذا البيت ولا احد فيه) كان الثلث لزيد لان المعدوم لا يستحق مالا (او) اوصى (له) اى لزيد (ولعقبه) كان الثلث لزيد لان العقب من يعقبه بعد موته فيكون معدوما فى الحال (او له) اى لزيد (ولولد بكر فمات ولده قبل موت الموصى او له ولفقراء ولده او لمن افتقر من ولده وقت شرطه عند موت الموصى) فالثلث كله لزيد فى هذه الصور لان المعدوم او الميت لا يستحق شيأ فلا تثبت المزاحمة لزيد فصار كما اذا اوصى لزيد ولجدار (وان قال) ثلث مالى بينهما) اى بين زيد وبكر (وبكر ميت فنصفه) اى نصف الثلث (لزيد) لان مقتضى هذا اللفظ ان يكون لكل منهما نصف الثلث (اوصى لزيد مثلا بثلثه وهو) اى الموصى (فقير له) اى للموصى (ثلث ماله) اى الموصى (عند موته) لان الوصية عقد استخلاف مضاف الى ما بعد الموت ويثبت حكمه بعده فيشترط وجود الملك عند الموت لا قبله وكذا اذا كان له مال فهلك ثم اكتسب (ولو) اوصى (بثلث غنمه ولا غنم له او هلك قبل موته بطل) اى الايصاء لما ذكر انه ايجاب بعد الموت فيعتبر قيامه حينئذ فان هذه الوصية تعلقت بالعين فتبطل بفواته عند الموت وان لم يكن له غنم فاستفاده ثم مات فالصحيح ان الوصية تصح (كذا بشاة من غنمى ولا غنم له) فان

(قوله ولو اوصى بثلث رقيقه او ثياب مختلفة) ذكر وصف الثياب بالاختلاف دون الرقيق لان الاختلاف فيه ثابت لا يحتاج الى ذكره (قوله وبكر الميت) لو قال وهو ميت لكان اولى لئلا يتوهم ان الصفة من كلام الموصى وليحسن قوله سواء علم موت بكر اولا (قوله كان لزيد مطلقا) قال الزيلعى وهذا اذا كان المزاحم معدوما من الاصل اما اذا كان خرج المزاحم بعد صحة الايجاب يخرج بحصته ولا يسلم للآخر كل الثلث لان الوصية صحت لهما وثبتت الشركة بينهما فبطلان حق احدهما بعد ذلك لا يوجب زيادة حق الآخر وذكر مثاله (قوله كذا لو اوصى له ولمن كان فى هذا البيت ولا احد فيه) هذا بخلاف ما اذا اوصى له بالثلث ولعمرو ان كان فى البيت ولم يكن فيه فانه لا يستحق الا نصف الثلث (قوله او اوصى له ولعقبه) لعله فيما اذا لم يولد العقب لاقل من ستة اشهر يشير اليه قوله فيكون معدوما فى الحال اما اذا ولد لاقل منها فلا مانع من المشاركة (قوله وان قال ثلث ما بينهما الخ) كذا لو كان حيا ثم مات قبل الموصى ويعود نصيبه الى ملك الموصى وان مات بعد الموصى كان نصيبه لورثته كما فى الخانية (قوله ولو اوصى بثلث غنمه ولا غنم له) يعنى ولم يستفد غنما بعد هذا وقت الموت ولا بد من هذا العقد لدفع التناقض بما سيأتى قال فى الكافى وغيره لو اوصى بثلث غنمه فهلك الغنم قبل موته او لم يكن له غنم فى الاصل ولا ملكه بعده بطلت وان لم يكن له غنم فاستفاده ثم مات فالصحيح ان الوصية تصح وكذا اذا كانت باسم نوعه اه (قوله كذا بشاة من غنمى) اضاف الشاة اذ لو لم يضفها الى ماله ولا غنم له قيل لا يصح لان الصحيح اضافته الى المال وبدونها يعتبر صورة الشاة وقيل يصح لانه لما ذكر الشاة وليس فى ملكه شاة علم ان مراده المالية كما فى الجوهرة

(قوله وعند محمد يقسم الثلث) قال الزيلعي في جوابه حتى لو كان فيما نحن فيه منكر، قلنا كما قال ثم هذه الوصية تكون لامهات الاولاد اللاتي يعتقن بموته وللاتي عتقن في حياته ان لم يكن له امهات اولاد غيرهن فان كان له امهات اولاد عتقن في حياته وامهات اولاد يعتقن بموته كانت الوصية اللاتي يعتقن بموته ولا يقال ان الوصية لمملوكه بالمال لا تجوز لان العبد لا يملك شيأ وانما تجوز الوصية بالعتق او برقبته لكونه عتقا فوجب ان لا تجوز لامهات اولاده اللاتي ﴿٤٣٦﴾ يعتقن بموته لانا نجوزناه استحسانا لاضافتها

الى ما بعد عتقهن لا حال حلول العتق بهن بدلالة حال الموصي (قوله نصف بينهم عندهما يعني بين زيد والمساكين ويجوز صرف ما للمساكين لواحد منهم وعند محمد يقسم الثلث اثلاثا يعني ثلثه لزيد وثلثاه للمساكين ولا يجوز صرف ما للمساكين لاقل من اثنين عنده والخلاف فيما اذا لم يشر الى مساكين اذ لو اشار الى جماعة وقال ثلث مالي لهذه المساكين لا يجوز صرفه الى واحد اتفاقا من الحقائق كذا في شرح المجمع ولو اوصى لفقراء بلخ فأعطى غيرهم جاز على قول ابي يوسف وعليه الفتوى والافضل الدفع اليهم وقال محمد لا يجوز كذا في الخلاصة (قوله فله مثل ما لكل منهما وهو ثلث المائة) صوابه ثلثا المائة بتثنية الثلث او ثلث المائتين بتثنية المائة (قوله لانه امر هم بخلاف حكم الشرع وهو تصديق المدعي) اي لزوم تصديق المدعي بلا حجة (قوله عزل اي الثلث لهما اي للمقر له والموصى له) لعل صوابه عزل اي الثلث له او للموصى اولها اي الوصية وهذا لانه اذا عزل للمقر له وللموصى له صار المقر له شريكا فكيف يقال لكل صدقوه فيما شئتم وايضا لا يطابقه التعليل للعزل خصوصا قوله وهذا مجهول فلا يزاحم المعلوم فيقدم عزل المعلوم فهذا يوجب ان يقال كما ذكرنا وهو عبارة جميع ما طلعنا عليه من كتبناه (قوله فيقال لكل صدقوه فيما شئتم) استشكل

الوصية باطلة لانه لما اضافه الى الغنم علم ان مراده عين الشاة حيث جعله جزأ من الغنم (و) في قوله اوصيت (بشاة من مالي له قيمتها من ماله) لانه لما قال من مالي دل على ان غرضه الوصية بمالية الشاة (و) لو اوصى (بثلث ماله لامهات اولاده هن ثلاث وللفقراء والمساكين لهن) اي لامهات الاولاد (ثلاثة اخماس) من الثلث (ولهما) اي للفقراء والمساكين (الباقيان) من ثلاثة الاخماس بالمناصفة هذا عندهما وعند محمد يقسم الثلث على سبعة اسهم ثلاثة منها لامهات الاولاد لان المذكور في الفقراء والمساكين لفظ الجمع واقله في الميراث اثنان والوصية اخت الميراث ولهما ان الجمع المحلى باللام يراد به الجنس وتبطل الجمعية كقوله تعالى لا يحل لك النساء فيراد به الواحد فيقسم على خمسة ولهن ثلاثة منها (ولو) اوصى (بثلثه لزيد وللفقراء نصف بينهما) عندهما وعند محمد يقسم الثلث اثلاثا (ولو) اوصى (بمائة لزيد ومائة لبكر او اوصى بها) اي بمائة لزيد وخمسين لبكر ان اشرك آخر معهما) اي قال لآخر اشركتك معهما (فله) اي لذلك الآخر (ثلث كل مائة في الاول) لان نصيب زيد وبكر متساويان فيد وقد اشرك آخر معهما فيكون شريكا لكل منهما فله ما لكل منهما وهو ثلث المائة (ونصف ما لكل منهما في الثاني) لان تحقيق المساواة بينهم غير ممكن لتفاوت المالين ولا بد من العمل بمفهوم لفظ الاشتراك فحملناه على مساواته لكل واحد منهما كما هو وجه القياس عملا باللفظ بقدر الامكان (وفي له على دين فصدقوه صدق على الثلث) يعني اذا قال المريض مخاطبا الورثة لفلان على دين فصدقوه فيما قال صدق فلان الى الثلث والقياس ان لا يصدق لانه امرهم بخلاف حكم الشرع وهو تصديق المدعي بلا حجة ولان قوله لفلان على دين اقرار بالمجهول وهو وان كان صحيحا لكن لا يحكم به الا بالبيان وقد فات وجه الاستحسان انه سلطه على ماله بما اوصى وهو يملك هذا التسليط بمقدار الثلث بان يوصيه له ابتداء فيصح تسليطه ايضا بالاقرار له بدين مجهول والمرء قد يحتاج الى ذلك بأن يعرف اصل الحق ولا يعرف قدره فيسعى في فكاك رقبته بهذا الطريق فيجعل وصية في حق التنفيذ وان كان دينا في حق المستحق وجعل التقدير فيها الى الموصى له فلهذا يصدق في الثلث لا الزيادة (فان اوصى بالثلث معه) اي مع المقر له الاول بلا رجوع عنه (عزل) اي الثلث لهما) اي المقر له والموصى له (والباقي) وهو الثلثان (للورثة) لان ميراثهم معلوم وكذا الوصايا معلومة وهذا مجهول فلا يزاحم المعلوم فيقدم عزل المعلوم (فيقال) اي بعدما عزل يقال (لكل) من اصحاب الوصايا والورثة (صدقوه فيما شئتم وما بقي من

الزيلعي بما محصله انه تقدم ان الورثة يصدقونه الى الثلث عند عدم الوصية وههنا اذا استغرقت الوصية الثلث وقيل بعد افرازه (الثلث) للورثة صدقوه فيما شئتم يلزم منه ايجاب التصديق بأزيد من الثلث على الورثة في شيء مما يخصهم وهو الثلثان فيجب ان لا يلزمهم تصديقه اه وقال قاضي زاده اقول هذا الاشكال ساقط جدا اذ لا يلزم الورثة في هذه الصورة ان يصدقوه الى الثلث كما لا يلزمهم ان يصدقوه

الثلث فلاصحاب الوصايا) لايشاركهم فيه صاحب الدين وفى العزل فائدة اخرى وهى ان احد الفريقين قد يكون اعرف بمقدار هذا الحق وابصر به والآخر الدواج وربما يختلفون فى الفضل اذا ادعاه الخصم فاذا عزلنا قلنا علمنا ان فى التركة دينا شائعا فى كل التركة فامر اصحاب الوصايا والورثة ببيانه (واذا بينوا) شيأ (يؤخذ اصحاب الثلث ثلث ما اقروا به والباقى لهم ويؤخذ الورثة ثلثى ما اقروا به) لينفذ اقرار كل فريق فى قدر حقه (ويحلف كل) اى كل فريق منهم (على العلم فى دعوى الزيادة) اى ان ادعى المقر له زيادة على ذلك لانه يحلف على ما جرى بينه وبين غيره (وفى بالف لوارث واجنبى له نصفه وخاب لوارث) يعنى اذا اوصى لوارثه ولاجنبى فللاجنبى نصف الوصية وتبطل وصية الوارث لانه اوصى بما يملك الايصاء به وبما لا يملك فصح فى الاول لا الثانى (وفى الحى والميت الكل للحى) لان الميت ليس باهل للوصية فلا يصلح مزاحما فيكون الكل للحى والوارث من اهلها ولهذا تصح باجازة الوارث لكنه حرم لعارض (وبثلاثة اثواب متفاوتة بكل لرجل ان ضاع ثوب ولم يدر اى هو والورثة تقول لكل توى حقك بطلت) يعنى اذا كان له اثواب جيد وردئ ووسط فاوصى بكل واحد لرجل وضاع ثوب ولا يدرى ايها هو والورثة تقول لكل واحد منهم الثوب الذى هو حقك قد ضاع فكان المستحق مجهولا وجهالته تمنع صحة القضاء وتحصيل المقصود فبطلت الوصية كما لو اوصى لاحد هذين الرجلين الا ان يسلم الورثة الثوبين الباقيين (وان سلموا الباقيين) زال المانع وهو الجحود وصحت الوصية (اخذ ذو الجيد ثلثى الجيد وذو الردئ ثلثى الردئ وذو الوسط ثلث كل) من الجيد والردئ لان الثوبين انما يقسمان بين الثلاثة على هذا الوجه وهو ان يأخذ كل واحد منهم ثلثى الثوب وانما تعين حق صاحب الجيد فى الجيد اذ لا حق له فى الردئ بيقين ويحتمل ان يكون حقه فى الجيد بان يكون هو الجيد الاصلى ويحتمل ان يكون حقه فى الضائع بان يكون هو الاجود فكان تنفيذ وصيته فى محل يحتمل ان يكون حقه اولى وانما تعين صاحب الردئ اذ لا حق له فى الجيد بيقين ويحتمل ان يكون حقه فى الردئ بان يكون هو الردئ الاصلى ويحتمل ان يكون حقه فى الضائع بان يكون الارد أ فكان تنفيذ وصيته فى محل يكون حقه اولى وانما تعين حق الآخر فى ثلث كل من الثوبين لان صاحب الجيد لما اخذ ثلثى الجيد وصاحب الردئ ثلثى الردئ لم يبق الا ثلث كل واحد منهما فقد تعين حقه فى ذلك ضرورة كذا فى الكافى (وببيت معين من دار مشتركة تقسم فان اصاب) اى البيت المعين (الموصى فهو للموصى له والا) اى وان لم يصبه (فله قدره) يعنى اذا كانت دار بين رجلين فاوصى احدهما لرجل به بيت منها بعينه فانها تقسم وان وقع البيت فى نصيب الموصى فهو للموصى له عندهما وعند محمد نصفه للموصى له وان وقع فى نصيب الآخر فللموصى له مثل ذرع البيت فيما اصاب الموصى عندهما وعند محمد مثل ذرع نصف البيت (كما فى الاقرار) يعنى اذا كان

فى اكثر من الثلث وانما اللازم لهم ولاصحاب الوصايا فى هذه الصورة ان يصدقوه فيما شاؤا فان اصحاب الوصايا المستغرقة للثلث لا يأخذونه بطريق التملك التام بل بطريق العزل والافراز فكان باقيا على حكم جواز تصرف الورثة فيه بتصديقهم المدعى فيما شاؤا ولا يضر بذلك عدم بقاء ذلك الثلث فى ايديهم وان سلم عدم بقاء ذلك الثلث المخصوص فى ايديهم من كل الوجوه حتى من جهة جواز تصرفهم فيه بتصديق المدعى ايضا فيكفى جواز التصرف لهم فى مطلق الثلث الشائع فى جميع المال ومن هذا قالوا ان هذا تصرف يشبه الاقرار والوصية فباعتبار شبهة الوصية لا يصدق فى الزياد على الثلث وباعتبار شبهة الاقرار يجعل شائعا فى الاثلاث ولا يخص بالثلث الذى لاصحاب الوصايا عملا بالشبهين تأمل ترشد اه قلت ليس فيه توجيه لما ادعاه من سقوط اشكال الزيلعى ويمكن الجواب بانه لا دافع لما اقروا به ولا مبطل لما اوصى به فلزم انتقاض الثلثين بهذا ولزم التصديق معه والفرق بينه وبين ما تقدم انه لما لم يمكن هناك اجتماع الوصية مع الاقرار بالدين اختصوا بالثلثين ولم يلزمهم التصديق بما ينقصهما وقد اجتمعا هنا فلزم ضرورة تصديقهم والانتقاص به فلم يختصوا بثلثى جميع المال لتقدم الدين ولو كان من وجه عليهما (قوله فى الحى والميت الكل للحى) مستدركو اعادته لذكر الحرز شرحا ليس مسوغا للتكرار (قوله ومثله بثلاثة اثواب) لا محل للفظة مثله (قوله فكان تنفيذ وصيته فى محل يكون حقه اولى) عبارة الكافى من محل يحتمل ان يكون حقه (قوله كذا فى الكافى) علمت عبارته وتمامها ولانه يحتمل ان يكون حقه فى الجيد بان كان الضائع اجود فيكون هذا وسطا ويحتمل ان يكون فى الردئ بان يكون الضائع اردأ فيكون هذا اوسطا فكان هذا تنفيذ وصيته فى محل يحتمل ان يكون حقه كذا قرره صاحب الهداية فى شرحه للجامع الصغير اه (قوله وبه بيت معين) ذكر فى الكافى والتبيين كيفية قسمته (قوله كما فى الاقرار) قال فى الكافى والاصح انه عليه الاتفاق والفرق لمحمد ان الاقرار بملك الغير صحيح حتى لو تملكه بعده امر بالتسليم الى المقر له اما الوصية بملك الغير فلا تصح حتى لو ملكه ثم مات لا تصح وصيته ولا تنفذ

مكان الوصية اقرار فالحكم كذلك قيل بالاجماع وقيل فيه خلاف محمد (وبالف معين من مال زيد له الاجازة بعد موت الموصى والمنع بعدها) يعنى اذا اوصى من مال رجل لآخر بعينه فاجاز صاحب المال بعد موت الموصى فان دفعه اليه جاز وله ان يمنع لانه تبرع بمال الغير فيتوقف على اجازته فان اجاز كان تبرعا منه ايضا فله ان يمتنع من التسليم لانه لم يتم بعد فاشبه الهبة قبل التسليم بخلاف ما اذا اوصى بالزيادة على الثلث واجازت الورثة لان الوصية فى مخرجها صحيحة لمصادفتها ملك نفسه والامتناع لحق الورثة فاذا اجازوها سقط حقهم فتنفذ من جهة الموصى (اقر احد الابنين بعد القسمة بوصية ابيه دفع ثلث نصيبه) لانه اقر له بثلث شائع فى التركة وهى فى ايديهما فيكون مقرا بثلث ما فى يده بخلاف ما اذا اقر احدهما بدين لغيره لان الدين مقدم على الميراث فيكون مقرا بتقدمه فيقدم عليه اما الموصى له بالثلث فشريك الوارث فلا يسلم له شئ الا ان يسلم للورثة مثلاه (ولدت الموصى بها لزيد بعد موت الموصى وقبل القسمة وقبول الموصى له فهما له ان خرجا من الثلث والا اخذ الثلث منها ثم منه) يعنى اذا اوصى لرجل بامة فولدت بعد موت الموصى ولدا قبل القسمة وكلاهما يخرجان من ثلث ماله فهما للموصى له لان الام دخلت فى الوصية اصالة والولد تبعا لاتصاله بالام فاذا ولدت ولدا قبل القسمة والتركة قبلها مبقاة على حكم ملك الميت بدليل انه ينفذ وصاياه منه وتقضى ديونه دخل فى الوصية كأنه اوجب فيهما الوصية فكانا للموصى له وان لم يخرجا من الثلث ينفذ وصيته اولا من الام ثم من الولد هذا اذا ولدت قبل القسمة وقبل قبول الموصى له (ولو) ولدت (بعدهما) اى بعد القبول وبعد القسمة (فهو للموصى له) لان التركة بعد القسمة خرجت عن حكم ملك الميت فحدثت الزيادة على خالص ملك الموصى له (ولو) ولدت (بعد القبول وقبلها) اى القسمة ذكر القدورى انه لا يكون موصى به ولا يعتبر خروجه من الثلث وكان للموصى له من جميع المال كالو ولدت بعد القسمة ومشايخنا (قالوا يصير موصى به) حتى يعتبر خروجه من الثلث كالو ولدت قبل القبول (ولو) ولدت (قبل موت الموصى) لم يدخل تحت الوصية بل (بقى على) حكم (ملكه) اى ملك الميت لانه لم يدخل تحت الوصية قصدا ولا سراية والكسب كالولد فى جميع ما ذكرنا كذا فى الكافى

باب العتق فى المرض

الاعتاق فى المرض من انواع الوصية لكن لما كان له احكام مخصوصة افرده بباب على حدة واخرجه من صريح الوصية لان الصريح هو الاصل (المعتبر حال العقد فى تصرف انشائى فيه معنى التبرع) احتراز عن تصرف اخبارى فانه اذا اقر بالدين فى المرض نفذ من كل المال وكذا النكاح فيه بمهر المثل نفذ من كل المال (فلو كان) ذلك التصرف الانشائى (فى الصحة فمن) اى يعتبر من (كل ماله والا فمن ثلثه) بخلاف الاخبارى وما ليس فيه تبرع فانه ليس كذلك (والمعتبر حال الموت فى الاضافة اليه) فيكون ذلك التصرف الانشائى (من ثلثه مطلقا سواء كان فى الصحة او المرض بعد ان كان مضافا الى الموت (اذا مات) لوجود المضاف

(قوله دفع ثلث نصيبه) هو استحسان والقياس ان يعطيه نصف ما فى يده وهو قول زفر (قوله بخلاف ما اذا اقر احدهما بدين لغيره) يعنى فيدفع اليه كل ما فى يده اذا كان الدين مستغرقا له (قوله وان لم يخرجا من الثلث تنفذ وصيته اولا من الام ثم من الولد) قال فى الكافى وعندهما تنفذ منهما على السواء وكذا فى الهداية وجعل فى الجوهرة الخلاف على عكس هذا فقال وان لم يخرجا من الثلث ضرب بالثلث واخذ ما يخصه منهما جميعا عند ابى حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد يأخذ ذلك من الام فان فضل شئ اخذه من الولد ثم قال وهذا ينافى ما ذكر فى الهداية وهو مثل ما فى القدورى اه والله اعلم

باب العتق فى المرض

(قوله بخلاف الاخبارى) يعنى كالاقرار بالدين وما ليس بتبرع يعنى كالنكاح بمهر المثل فانه ليس كذلك يعنى لا يكون معتبرا بحال صدوره من المريض بل يكون من جميع المال (قوله واعتاقه الخ) الانسب ذكره بالفاء تفريعا على ما جعله أصلا (قوله لانها فى حكم الوصية) شبهت بالوصية ولم تكن وصية لان الوصية ايجاب بعد الموت وهذه التصرفات منجزة فى الحال لكن لما كانت فى المرض صارت كحكمها لتعلق حق الورثة (قوله فان حابى ثم اعتق الخ) تفريع على مقدر كأنه قيل المحابات والهبة الخ اذا لم يضق الثلث اخرج الجميع منه اما لو ضاق فحابى فاعتق فهى احق

اليه (ومرض صح منه كالصحة) لان حق الوارث او الغريم انما يتعلق بماله فى مرض الموت وبالبرء ظهر انه ليس كذلك (واعتاقه) اى المريض (ومحاباته وهبته وضمانه من الثلث) لانها فى حكم الوصية لكونها فى المرض (فان حابى فاعتق فهى) اى المحاباة (احق) من العتق (وهما) اى المحاباة والعتق (فى عكسه) اى اذا اعتق فحابى (سواء) صورة المحاباة ثم الاعتاق ما اذا باع عبدا قيمته مائتان بمائة ثم اعتق عبدا قيمته مائة ولا مال له سواهما. يصرف الثلث الى المحاباة ويسعى العبد فى كل قيمته وصورة العكس اعتق العبد الذى قيمته مائة ثم باع العبد الذى قيمته مائتان بمائة فانه يقسم الثلث وهو المائة بينهما نصفين فالعبد المعتق يعتق نصفه محاباة ويسعى فى نصف قيمته وصاحب المحاباة يأخذ العبد الآخر بمائة وخمسين (وعندهما عتقه اولى فيهما) اذ لا يلحقه الفسخ وله ان المحاباة اقوى لانه فى ضمن عقد المعاوضة لكن ان وجد العتق اولا وهو لا يحتمل الرفع يزاحم المحاباة (وفى عتقه بين المحاباتين نصف) من الثلث (للاولى) من المحاباتين (ونصف للاخيرين) يعنى العتق والمحاباة الثانية لان العتق يتقدم عليها فيستويان (وفى عكسه) يعنى اذا اعتق ثم حابى ثم اعتق (لها) اى للمحاباة (نصف ولهما) اى للعتقين (نصف) يعنى يقسم الثلث بين العتق الاول والمحاباة وما اصاب العتق قسم بينه وبين العتق الثانى (تبطل) اى الوصية (بعتق عبده ان جنى بعد موته فدفع) يعنى اذا اوصى بعتق عبده ثم مات فجنى العبد جناية ودفع بها بطلت الوصية لان الدفع قد صح لان حق ولى الجناية مقدم على حق الموصى وحق الموصى له لانه يتلقى الملك من جهته الا ان ملكه فيه باق وانما يزول بالدفع فاذا خرج به عن ملكه بطلت الوصية كما اذا باعه الموصى او وارثه بعد موته بان ظهر على الميت دين وقد اوصى بعتق العبد بيع العبد بدينه (وان فدى لا) اى ان فداه الورثة كان الفداء فى مالهم لانهم هم الذين التزموه وجازت الوصية لان العبد ظهر عن الجناية بالفداء كانه لم يجن فينفذ الوصية (اوصى لزيد بثلث ماله وترك عبدا فادعى زيد عتقه فى صحته والوارث فى مرضه) يعنى اذا اوصى رجل له وارث لزيد بثلث ماله وترك عبدا فأقر كل من الوارث وزيد انه اعتقه لكن ادعى زيد اعتاقه فى صحته لئلا يكون وصية تنفذ من الثلث وادعى الوارث اعتاقه فى مرضه ليكون وصية (صدق الوارث وحرم زيد) لان الموصى له يدعى استحقاق ثلث ما بقى من التركة بعد العتق لان الاعتاق فى الصحة ليس بوصية ولهذا ينفذ من جميع المال والوارث ينكره لان مدعاه العتق فى المرض وهو وصية ايضا لكنه مقدم على الوصية بثلث المال وكان منكرا والقول للمنكر مع اليمين (الا ان يفضل من ثلثه شئ) على قيمة العبد اذ لا مزاحم (او يبرهن) اى زيد (على دعواه) ان الاعتاق فى الصحة فله المال لان الثابت بالبينة كالثابت عيانا وهو خصم فى اقامتها لاثبات حقه (ادعى زيد دينا على ميت وادعى عبده اعتاقه فى صحته وصدقهما وارثه سعى العبد فى قيمته وتدفع) اى تلك القيمة (الى الغريم وقالا يعتق ولا يسعى فى شئ) لان العتق والدين ظهرا معا بتصديق الوارث فى كلام واحد فصار كأنهما ثبتا بالبينة ومن اعتق عبدا فى صحته فمات

(قوله وله ان المحاباة اقوى لانه فى ضمن عقد) كان ينبغى ان لا يقتصر فى التعليل للامام على ما ذكر فيذكر ما قال فى الكافى وله ان المحاباة اقوى من العتق لانها تثبت فى ضمن المعاوضه فكانت تبرعا معنى لا صيغة والاعتاق تبرع صيغة ومعنى فاذا وجدت المحاباة اولا دفعت الاضعف واذا وجد العتق اولا وثبت وهو لا يحتمل الدفع كان من ضرورته المزاحمة وعلى هذا الاصل قال ابو حنيفة رحمه الله تعالى اذا اعتق ثم حابى الخ (قوله وادعى عبدا عتاقه) اى ولا مال للميت غيره

وعليه دين لم يسع العبد له فى شئ فهذا مثله وله ان الاقرار بالدين اقوى ولهذا يعتبر من كل المال فى جميع الاحوال وليس هو بوصية من المريض والاقرار بالعتق فى المرض بمنزله الوصية حتى اعتبر من الثلث والاقوى يدفع الادنى فقضيته ان يبطل العتق اصلا لكنه بعد الوقوع لا يحتمل الانتقاض فنقضناه معنى بايجاب السعاية (مات وترك ابنا والف درهم فقال رجل لى عليه الف درهم و) قال رجل (آخر الالف المتروك وديعة لى وصدقهما) اى الابن (قيل الوديعة عنده اقوى وعندهما سواء) هذا مختار صاحب الهداية (وقيل الالف بينهما نصفان عنده وعندهما الوديعة اولى) هذا مختار صاحب الكافى

باب الوصية للاقارب وغيرهم

(قاربه) هذا وما عطف عليه مبتدأ خبره قوله الآتى محرماه فصاعدا (واقرباؤه وذو قرابته وذو انسابه محرماه فصاعدا من ذوى رحمه الاقرب فالاقرب) يعنى اذا اوصى لواحد مما ذكر فهى عند ابى حنيفة للاقرب فالاقرب من كل ذى رحم محرم منه (سوى الوالدين والولد) اذ لا يطلق عليهما اسم القريب ومن سمى والده قريبا كان عاقا لان القريب فى العرف من يتقرب اليه غيره بواسطة الغير وتقرب الوالد والولد بنفسهما لا بغيرهما ويدخل فيه الجد والجدة وولد الولد فى ظاهر الرواية لما ذكر وانما اعتبر الاقربية لان الوصية اخت الميراث هى تعتبر فى الميراث فكذا فيها والجمع المذكور فى الميراث اثنان فكذا فى الوصية وانما اعتبر المحرمية لان المقصود من الوصية صلة القريب فيختص بها من يستحق الصلة من قرابته ويستوى فيه الصغير والكبير والحر والعبد والذكر والانثى والمسلم والكافر وعندهما يدخل فى الوصية كل قريب ينسب اليه من قبل الاب والام الى اقصى

(قوله هذا مختار صاحب الهداية) ليس المراد انه قال هو المختار عندى بل ذكر الخلاف كما ذكر فدل على انه مختاره وعبارته كما ذكرها العينى فى شرحه للهداية قال اى محمد فى الجامع الصغير ومن ترك عبدا فقال للوارث اعتقنى ابوك فى الصحة وقال رجل لى على ابيك الف درهم فان العبد يسعى فى قيمته عند ابى حنيفة وقالا يعتق ولا يسعى فى شئ لان الدين والعتق فى الصحة لا يوجب السعاية وان كان على المعتق دين ثم قال بعد تعليله وعلى هذا الخلاف المذكور اذا مات رجل وترك الف درهم وقال رجل لى على الرجل الف درهم دين وقال الآخر كان لى عنده الف درهم وديعة فعنده اى ابى حنيفة رحمه الله تعالى الوديعة اقوى وعندهما سواء اى الدين والوديعة سواء اه ثم قال الشارح العينى وفى عامة الكتب نحو المنظومة وشروحها والكافى ذكروا الخلاف على عكس ما ذكر صاحب الهداية وقال الكافى ولا يصح ما ذكروا فيهما وقال الاتزارى جعل صاحب الهداية الوديعة اقوى عند ابى حنيفة وجعل الدين والوديعة سواء عند صاحبيه والكبار قبل صاحب الهداية ذكروا الخلاف على عكس هذا ثم نقل من الكافى للحاكم الشهيد بعد ذكر صورة المسئلة قال ابو حنيفة الالف بينهما نصفان وقال ابو يوسف ومحمد صاحب الوديعة اولى ونقل عن المنظومة من كتاب الاقرار فى باب ابى حنيفة خلافا من الفقيه ابى الليث ونقل ايضا من القدورى انه ذكر فى التقريب هكذا وكذا نقل من المنظومة من كتاب الاقرار فى باب ابى حنيفة خلافا لصاحبيه فقال

لو ترك الفا وهذا يدعى
دينا وذاك قال هذا مودعى
والابن قد صدق هذين معا
فاستويا واعطيا من اودعاه

وقال الزيلعى بعد ذكر عبارة الهداية وقال فى النهاية ذكر فخر الاسلام والكيسانى الوديعة اقوى عندهما لا عنده عكس ما ذكر فى الهداية ثم قال وذكر فى المنظومة ما يؤيد فخر الاسلام والكيسانى ثم ذكر النظم ووجهه ثم قال وصاحب الكافى ضعف ايضا ما ذكره فى الهداية وجعل الاصح خلافه اه (قوله هذا اختيار صاحب الكافى) يعنى النسفى وعبارته ومن مات وترك ابنا وعبدا فقال رجل لى على ابيك الف دين وقال العبد اعتقنى ابوك (اب) فى صحته فقال الابن صدقتما سعى العبد فى قيمته ويدفع القيمة الى الغريم وهذا عند ابى حنيفة رحمه الله تعالى وقالا يعتق ولا يسعى فى شئ ثم قال بعد تعليله وعلى هذا الخلاف اذا مات الرجل وترك ابنا والف درهم فقال رجل لى على الميت الف درهم وقال رجل هذا الالف الذى تركه ابوك كان وديعة لى عند ابيك وقال الابن صدقتما فعنده الالف بينهما نصفان لانه لم تظهر الوديعة الا والدين ظاهر معها فيتحاصان كما لو اقر بالدين ثم بالوديعة وقالا الوديعة احق لانها تثبت فى عين المال والدين يثبت فى الذمة اولا ثم ينتقل الى العين فكانت اسبق فكان صاحبها احق كما لو كان المورث حيا وقال صدقتما بعد ما قالا قلنا الاقرار من الوارث بالدين يتناول التركة لا الذمة فقد وقعا بخلاف المورث وذكر فى الهداية فعنده الوديعة اقوى وعندهما سواء والاصح ما ذكرنا اولا وبه ينطق شرح الجامع الصغير وشرح المنظومة اه والله اعلم

باب الوصية للاقارب

(قوله يعنى اذا اوصى لواحد مما ذكر الخ) غير مطابق للمتن (قوله سوى الوالدين والولد) متفق عليه وفى عبارة المصنف ابهام الخلاف (قوله ويدخل فيه الجد والجدة وولد الولد فى ظاهر الرواية) كذا فى الكافى والتبيين ورأيت معزوا الى البدائع انهم لا يدخلون وهو الصحيح اه

(قوله ويستوى فيه الاقرب والابعد والواحد والجمع) محل الخلاف فى الجمع ما اذا لم يقيل الاقرب فالاقرب امالو قال مع ماذكر من الالفاظ الاقرب فالاقرب فانه لايعتبر الجمع اتفاقا لان الاقرب اسم فرد خرج تفسير اللاول ويدخل فيه المحرم وغيره ولكن يقدم الاقرب بصريح شرطه كما فى شرح المجمع من الحقائق (قوله لان قرابتهما مستويان) لعله كما قال الزيلعى لان قرابتهما مستويتان والاولى ما قال فى الكافى لاستواء قرابتهما اه فكان الاولى للمصنف ان يقول لان قرابتهما مستوية (قوله وجيرانه ملاصقوه) ويستوى الساكن والمالك والذكر والانثى والمسلم والذمى والصغير والكبير ولا يدخل فيه العبيد والاماء والمدبرون وأمهات الاولاد لانهم لاجوالهم لانهم اتباع فى السكنى والمكاتب يدخل كذا ذكر فى الزيادات والمحيط من غير ذكر خلاف وفى الهداية يدخل فيه العبد الساكن عنده لاطلاقه ولا يدخل عندهما لان الوصية له وصية لمولاه وهو غير ساكن كذا فى الكافى وفى التبيين وتدخل الارملة لان سكناها يضاف اليها ولا تدخل التى لها بعل لان اسكاها غير مضاف اليها وانما هى تبع فلم تكن جارا حقيقة اه (قوله واصهاره كل ذى رحم محرم من امرأته) قال فى الكافى وهذا التفسير اختيار محمد رحمه الله تعالى وابى عبيد اه ﴿ ٤٤١ ﴾ وكذا قال الزيلعى ثم قال وفى الصحاح الاصهار اهل بيت المرأة ولم يقيده بالمحرم اه وقال

اب فى الاسلام (ويستوى فيه الاقرب والابعد والواحد والجمع والكافر والمسلم) واختلف فى اشتراط اسلام اقصى الاب وقد فرع على قوله الاقرب فالاقرب بقوله (فلو له عمان وخالان فهو) اى الموصى به (لعميه) يعنى اذا اوصى لاقاربه وله عمان وخالان فالموصى به لعميه لانه يعتبر الاقرب فالاقرب كما فى الارث وعندهما يقسم بينهما ارباعا لان اسم القريب يتناولهم ولايعتبر الاقربية (وفى عم وخالين نصف بينه وبينهما) اى نصف الموصى به لعم ونصفه للخالين لان اللفظ جمع فلابد من اعتبار معنى الجمعية وهو الاثنان فى الوصية كما عرف فيضم الى العم الخال لان يصير جمعا فيأخذ هو النصف لانه اقرب ويأخذ ان النصف لعدم من يتقدم عليهما فيه بخلاف ما اذا اوصى لذى قرابته حيث يكون جميع الوصية للعم لانه لفظ مفرد فيحرز جميع الوصية لانه لاقرب (وفى عم له نصف) لما ذكر من اعتبار معنى الجمعية واخذ النصف (وفى عم وعمة استويا) لان قرابتهما مستويان ومعنى الجمع قد تحقق بهما فاستحقوا (وجيرانه ملاصقوه) عند ابى حنيفة وزفر وهو القياس لان الجار عند الاطلاق انما يتناول الجار اللاصق وقد قال النبى صلى الله عليه وسلم الجار احق بسقبه اى بقربه والمراد هو الملازق وفى استحسان وهو قولهما هو من يسكن محلة الوصى ويجمعهم مسجد محلته لان الكل يسمى جيرانا عرفا (واصهاره كل ذى رحم محرم من امرأته) لانه صلى الله عليه وسلم لما تزوج صفية اخرج كل

العينى فى شرحه للهداية قال الانزارى قول محمد اى ابن الحسن حجة اللغة واستشهد به أبو عبيد فى غريب الحديث وقال فى مجمل اللغة قال الخليل لا يقال لاهل بيت المرأة الا الاصهار وكذا قال الجوهرى وقد نظم الامام نجم الدين النسفى فى نظمه لكتاب الزيادات بيتين يشتملان على معنى الصهر حرمته والختن فقال

اصهار من يوصى اقارب
وزوال ذاك بائن وحرام
اختانه ازواج كل محارم
ومحارم الازواج بالارحام

وقال فخر الاسلام البزدوى فى شرح الزيادات اما الصهر فقد ينطلق على الختن لكن الغالب ما ذكره محمد رحمه الله تعالى قال حاتم بن عدى

ولو كنت صهر الابن مروان قربت ركابى
الى المعروف والظعن الرحب
ولكننى صهر لآل محمد*

(درر ٥٦ نى)

وخال بنى العباس والخال كالاب سمى نفسه صهرا وكان اخا امرأة العباس اه وقال الزيلعى وشرطه ان يموت وهى منكوحته او معتدته من طلاق رجعى لابائن سواء ورثت بأن أبانها فى المرض او لم ترث وقال الحلوانى الاصهار فى عرفهم كل ذى رحم محرم من نسائه التى يموت هو وهن نساؤه او فى عدة منه وفى عرفنا ابو المرأة وامها ولا يسمى غيرهما صهرا اه وقال فى البرهان اوصى لاصهاره تكون الوصية لكل ذى رحم محرم من امرأته وتكون لكل ذى رحم محرم من امرأته ابيه وابنه وامرأة كل ذى رحم محرم منه لان الكل اصهار اه (قوله لان النبى صلى الله عليه وسلم لما تزوج صفية) اقول كذا فى الهداية والكافى والتبيين وشرح المجمع وقال الامام العينى رحمه الله تعالى فى شرحه للهداية قوله وصفية وهم صوابه جويرية اخرجه ابوداود فى سننه فى العتاق عن محمد بن اسحاق عن محمد بن جعفر بن الزبير عن عروة عن عائشة رضى الله عنها قالت وقعت جويرية بنت الحرث بن المصطلق فى سهم ثابت بن قيس بن شماس وابن عم له فكاتبت من نفسها وكانت امرأة ملاحة تأخذها العين قالت عائشة رضى الله عنها فجاءت رسول الله صلى الله عليه وسلم فى كتابتها فلما قامت على الباب رأيتها فكرهت مكانها وعرفت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم سيرى منها مثل الذى رأيت فقالت يارسول الله انا جويرية بنت الحارث وقد كان من امرى مالايخفى عليك وانى وقعت فى سهم ثابت بن قيس بن شماس وانى كاتبت على نفسى فجئت

من ملك من ذى رحم محرم منها اكراما لها وكانوا يسمون اصهار النبي صلى الله عليه وسلم (واختانه زوج ذات رحم محرم منه) كازواج البنات والاخوات والعمات والخالات (وكذا كل ذى رحم من ازواج هؤلاء) قيل هذا فى عرفهم واما فى عرفنا فلا يتناول ازواج المحارم ويستوى فيه الحر والعبد والاقرب والابعد لان اللفظ يشمل الكل (واهله امرأته) لانها المراد به لغة وعرفا قال الله تعالى اذ قال لاهله اى لامرأته يقال تأهل اى تزوج وعندهما من كان فى عياله ونفقته اعتبارا للعرف قال الله تعالى فنجيناه واهله الا امرأته والمراد من كان فى عياله (وآله اهل بيته) لان الآل القبيلة التى ينسب اليها فيدخل فيه كل من ينسب اليه من قبل آبائه الى اقصى اب له فى الاسلام الاقرب والابعد والذكر والانثى والمسلم والكافر والصغير والكبير (وابوه وجده منهم) لان الاب اصل البيت وكذا الجد (وجنسه اهل بيت ابيه دون امه) لان الانسان يتجنس بابيه بخلاف قرابته حيث يكون من جانب الاب والام (واهل بيتها وجنسها) يعنى اذا اوصت الامرأة لاهل بيتها اولجنسها (لا يتناول ولدها اذا كان من قوم ابيها) كذا فى الكافى (وولد زيد يتناول الذكر والانثى) لوجود مبدأ الاشتقاق فيهما (وفى ورثته الذكر كالانثيين) يعنى اذا اوصى لورثة فلان فهى بينهم للذكر مثل حظ الانثيين لانه لما نص على لفظ الورثة علم ان قصده التفضيل كما فى الميراث (وايتام بنى فلان وعميانهم وزمناهم وارملهم يتناول فقيرهم وغنيهم وذكورهم واناثهم ان احصوا) اذا امكن

اسألك فى كتابى فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم فهلك الى ماهو خير منه قالت يارسول الله ماهو قال اؤدى عنك كتابتك واتزوجك قالت نعم يارسول الله قال قد فعلت قال فتسامع الناس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قد تزوج جويرية فأرسلوا ما بأيديهم يعنى من السبي فأعتقوهم وقالوا اصهار رسول الله صلى الله عليه وسلم قالت فمارأيت امرأة اعظم بركة على قومها منها اعتق فى سببها مائة بيت من بنى المصطلق اه ورواه الواقدى من طريق أخرى وفيه وكان الحرث بن ابى ضرار رأس بنى المصطلق وسيدهم وكانت ابنته جويرية اسمها برة فسماها رسول الله صلى الله عليه وسلم جويرية لانه كان يكره ان يقال خرج من بيته برة ويقال ان رسول الله صلى الله عليه وسلم جعل صداقها عتق كل اسير من بنى المصطلق ويقال جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم صداقها عتق اربعين من قومها اه قلت وكذا فى مسند احمد والبزار وابن راهويه عن عائشة رضى الله عنها قالت اصاب رسول الله صلى عليه وسلم نساء بنى المصطلق فأخرج الخمس منه ثم قسم بين الناس فأعطى الفارس سهمين والراجل سهما فوقعت جويرية بنت الحرث فى قسم ثابت بن قيس بن شماس الانصارى فكاتبها على نفسها على تسع أواق من ذهب الى ان قالت فدخلت تسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم فى كتابتها فقالت يارسول الله انا امرأة مسلمة اشهد ان لا اله الا الله وانك رسول الله وانا جويرية بنت ﴿٤٤٢﴾ الحارث سيد قومه اصابنى من الامر ما قد علمت فوقعت فى سهم ثابت بن قيس فكاتبنى على مالا طاقة لى به وما اكرهنى على ذلك الا انى رجوتك صلى الله عليك فأعنى فى فكاكى فقال او خير من ذلك فقالت ماهو قال اودى عنك كتابتك واتزوجك قالت نعم يارسول الله قال قد فعلت فادى رسول الله صلى الله عليه وسلم ما كان عليها من كتابتها وتزوجها فخرج الخبر الى الناس فقالوا اصهار رسول الله صلى الله عليه وسلم يسترقون فاعتقوا ما كان بأيديهم من سبي بنى المصطلق مائة اهل بيت قالت فلا اعلم امرأة كانت على قومها اعظم بركة منها اه * قلت لكن جزم العينى بان قوله فى الهداية صفية وهم وصوابه جويرية يخالفه ما قال فى الخصائص النبوية لابن الملقن اعتق صلى الله عليه وسلم صفية وتزوجها وجعل عتقها صداقها فى الصحيحين وفى رواية من حديث ابن عمر ان جويرية (محقق) وقع لها مثل ذلك لكن اعلها ابن حزم بيعقوب بن حميد بن كاسب وهو مختلف فيه لا كما جزم بتضعيفه اه وتغتنم هذه الفائدة وتغتفر المالتها (قوله اخرج كل من ملك من ذى رحم محرم منها) قد علمت بما سبق ان السبي كان قد قسم فالمخرج الصحابة اكراما لرسول الله صلى الله عليه وسلم وفى الاستدلال به على ان الصهر كل ذى رحم محرم من امرأته تأمل لما قد علمت من القصة (قوله واهله امرأته) اجيب عما اورد عليه فى شرح الهداية (قوله وعندهما من كان فى عياله) ليس على اطلاقه فان المملوك والوارث غير داخل (قوله وولد زيد يتناول الذكر والانثى) قال فى الهداية والوصية بينهم الذكر والانثى فيه سواء وقال العينى فى شرحها قال الفقيه ابو الليث فى كتاب نكت الوصايا ولو اوصى لولد فلان وليس لفلان ولد صلب فالوصية لولد ولده واذا كان له ولد واحد من ولد الصلب فالوصية كلها له وليس لولد الولد شئ وقال شمس الائمة السرخسى فى شرح الكافى لو كان له ولد واحد ذكر او انثى فجميع الوصية له ذكر الكرخى فى مختصره بخلاف ذلك فاذا قال اوصيت بثلث مالى لولد فلان وله ولد لصلبه ذكور واناث كان الثلث لهم بعد ان يكونوا اثنين فصاعدا ولم يكن لولد ولده شئ وان كان لصلبه واحد وله ولد ولد كان للذى لصلبه نصف الثلث

تحقيق التمليك فى حقهم والوصية تمليك (والا) اى وان لم يحصوا (فلفقرائهم) لان المقصود من الوصية القربة وهى سد الخلة ورد الجوعة وهذه الاسامى تشعر بتحقق الحاجة فجاز حمله على الفقراء بخلاف ما اذا اوصى لشبان بنى فلان وهم لا يحصون او لايامى بنى فلان وهم لا يحصون حيث تبطل الوصية اذ ليس فى اللفظ ما ينبئ عن الحاجة ولا يمكن تصحيحه تمليكا فى حق الكل للجهالة الفاحشة المانعة عن الصرف اليهم وفى الوصية للفقراء والمساكين يجب الصرف الى اثنين منهم اعتبار المعنى الجمع واقله اثنان فى الوصايا كامر (وبنو فلان يختص بذكورهم) قال فى الهداية ولو اوصى لبنى فلان يدخل فيه الاناث فى قول ابى حنيفة اول قوله وهو قولهما لان جمع الذكر يتناول الاناث ثم رجع وقال يتناول الذكور خاصة لان حقيقة الاسم للذكور وانتظامه الاناث تجوز والكلام لحقيقته وقال فى الكافى ولو اوصى لبنى فلان فهو على الذكور لا غير عند ابى يوسف وهو قول ابى حنيفة آخرا اعتبارا للحقيقة وقال محمد يدخل فيه الاناث وهو قول ابى حنيفة اولا وقال فى الوقاية وفى بنى فلان الانثى منهم اقول لم يظهر لى سر اختيار صاحب الوقاية القول الذى رجع عنه الامام ووافقه ابو يوسف فى رواية (الا اذا كان اسم قبيلة او فخذ) الفخذ فى العشائر اقل من البطن اولها الشعب ثم القبيلة ثم الفصيلة ثم العمارة ثم البطن ثم الفخذ كذا فى الصحاح (فيتناول الاناث وموالى العتاقة والموالاة وحلفاءهم) اذ ليس المراد بها اعيانهم بل مجرد الانتساب كبنى آدم ولهذا يدخل فيه مولى العتاقة والموالاة وحلفاؤهم (اوصى لمواليه من له معتقون ومعتق معتقون بطلت) لان المولى لفظ مشترك بين معنيين احدهما مولى النعمة والآخر منعم عليه فلا ينتظمهما لفظ واحد فى موضع الاثبات بخلاف ما اذا حلف لا يكلم موالى فلان حيث يتناول الاعلى والاسفل لانه مقام النفى ولا تنافى فيه (الا ان يبينه فى حياته) قال فى الكافى فوجب التوقف حتى يقوم البيان ولم يوجد فبطل ضرورة (ويدخل فيه) اى فى الموالى (من اعتقه فى صحته ومرضه) لتناول اللفظ اياهم (لا مدبروه وامهات اولاده) لان عتقهم يحصل بعد الموت والوصية تضاف الى حالة الموت فلا بد من تحقق الاسم قبله وعن ابى يوسف انهم يدخلون لان سبب الاستحقاق لازم فى حقهم فيطلق اسم المولى عليهم

باب الوصية بالخدمة والسكنى والثمرة

(صح الوصية بخدمة عبده وسكنى داره مدة معينة وابدا) لان المنافع يصح تمليكها فى حال الحياة ببدل وبدونه فكذا بعد الممات لحاجته كما فى الاعيان ويكون محبوسا على ملكه فى حق المنفعة حتى يتملكها الموصى له على ملك الموصى كما يستوفى الموقوف عليه منافع الوقف على حكم ملك الواقف ويجوز مؤقتا ومؤبدا كما فى العارية فانها تمليك على اصلنا بخلاف الميراث فانه خلافة فيما تملكه المورث وهو فى عين تبقى والمنفعة عرض لا يبقى حتى ان الموصى له بالخدمة اذا مات لا تورث عنه (وبغلتها) اى صحت الوصية بغلة عبد وغلة دار لانها بدل المنفعة فاخذت حكمها (فان خرجت رقبتهما) اورقبة العبد والدار (سلمت اليه) اى الى الموصى له (لها)

ذكرا كان انثى وكان ما بقى لولد ولده من بعد منهم ومن ترب بالسوية الذكر فيه والانثى سواء وهذا كله على قياس ابى حنيفة وزفر وابى يوسف رحمهم الله تعالى اه (**قوله** بخلاف ما اذا اوصى لشبان بنى فلان) قال فى الايضاح الشاب من خمسة عشر الى خمس وعشرين سنة الى ان يغلب عليه الشمط والكهل من ثلاثين الى خمسين سنة والشيخ ما زاد على خمسين سنة الى آخر عمره وجعل ابو يوسف الشيخ والكهل سواء فيما زاد على الخمسين وعلى محمد لا نعلم ما كان له اقل من خمس عشرة سنة والفتى من بلغ خمسة عشر وفوق ذلك والكهل اذا بلغ اربعين فزاد عليه ما بين خمسين الى ستين الى ان يغلب عليه الشيب حتى يكون شيخا وعند اكثر اهل العلم الكهل ابن ثلاثين حتى يبلغ خمسين فاذا جاوز خمسين يكون شيخا الى ان يموت كذا فى شرح الهداية للعينى رحمه الله تعالى (**قوله** اى اوصى لمواليه) قال فى الكافى ويدخل فيه من يعتق فى آخر جزء من اجزاء حياة الموصى كقوله ان لم اضربك فانت حر فمات قبل ضربه ولو كان الموصى من العرب فاوصى لمواليه بثلث ماله صحت لان العرب لا تسترق ولا تسبى فلا يكون له الى المولى الاسفل فبطل الاشتراك فصحت الوصية والله اعلم

﴿باب الوصية بالخدمة والسكنى والثمرة﴾

اى الوصية لان حق الموصى له فى الثلث لا نزاحمه الورثة (والا) اى وان لم يخرج رقبتهما من الثلث (يهايأ العبد) اى يخدم الورثة يومين والموصى له يوما لان حقه فى الثلث وحقهم فى الثلثين كما فى الوصية بالعين ولا يمكن قسمة العبد اجزاء لانه لا يتجزأ فصرنا الى المهايأة ابقاء للحقين (ويقسم الدار اثلاثا) يعنى اذا اوصى بسكنى الدار ولم يكن يخرج من الثلث يقسم عين الدار اثلاثا للانتفاع لامكان القسمة بالاجزاء وهو اعدل للتسوية بينهما زمانا وذاتا وفى المهايأة تقديم احدهما زمانا (او يهايأة) اى اقتسموا الدار مهايأة من حيث الزمان لان الحق لهم الا ان الاول اولى (وليس للورثة بيع ما فى ايديهم من ثلثيها) اى الدار وعن ابى يوسف ان لهم ذلك لانه خالص ملكهم ووجه الظاهر ان حق الموصى له ثابت فى سكنى جميع الدار بان يظهر للميت مال آخر وكذا له حق المزاحمة فيما فى ايديهم اذا خرب ما فى يده والبيع يتضمن ابطال ذلك فمنعوا عنه (وتبطل) اى الوصية (بموته) اى موت الموصى له (فى حياة موصيه) لما تقرر ان ايجاب الوصية يكون بعد الموت فاذا مات الموصى له لم يصح الايجاب كما لا يصح ايجاب البائع للمشترى بعد موته (وبعد موته) اى موت الموصى له (يعود) اى الموصى به (الى الورثة) لان الموصى اوجب الحق للموصى له ليستوفى المنافع على حكم ملكه فلو انتقل الى وارث الموصى له استحقها ابتداء من ملك الموصى بلا رضاه وهو غير جائز (وليس للموصى له بالخدمة والسكنى ان يؤجر العبد او الدار) لان المنفعة ليست بمال على اصلنا وفى تمليكها بالمال احداث صفة المالية فيها تحقيقا للمساواة فى عقد المعاوضة وانما تثبت هذه الولاية لمن تملكها تبعا لملك الرقبة اولمن تملكها بعقد المعاوضة حتى يكون مملكا لها بالصفة التى تملكها بها اما اذا تملكها مقصودة بغير عوض ثم ملكها بعوض كان مملكا اكثر مما تملكها معنى وهو لا يجوز (ولا للموصى له بالغلة استخدامه) اى العبد (او سكناها) اى الدار (فى الاصح لانه اوصى له بالغلة وهى دراهم او دنانير وهذا استيفاء المنفعة نفسها ولا شك انهما متغايران ومتفاوتان فى حق الورثة فانه لو ظهر دين يمكنهم اداؤه من الغلة باسترداده منه بعد استغلالها بخلاف ما اذا استوفى المنافع نفسها (و) لا (ان يخرج العبد من البلدة الا ان يكون هو واهله فى غيرها فيخرجه للخدمة ان خرج من الثلث (لان الوصية تنفذ على ما يعرف من مقصود الموصى فاذا كان الموصى له واهله فى موضع آخر فمقصوده ان يحمل العبد الى اهله ليخدمهم واذا كانوا فى مصر فمقصوده ان يمكنه من خدمة العبد من غير ان يلزمه مشقة السفر فلا يكون له ان يخرجه من بلده (والا) اى وان لم يخرج من الثلث (فلا) اى لا يخرج العبد للخدمة (الا باذن الورثة) لبقاء حقهم فيه (اوصى لرجل بخدمة عبده سنة ولآخر بخدمته سنتين ولم يجيزوا) اى الورثة (خدمهم) اى العبد الورثة (ستة ايام و) خدم (الموصى لهما ثلاثة ايام يوما لصاحب السنة ويومين لصاحب السنتين حتى يمضى تسع سنين) لان عين العبد لا يقسم فيقسم بالتهايؤ زمانا توفيرا لحقوقهم (اوصى بهذا العبد لفلان وبخدمته لآخر وهو يخرج من الثلث صح) اى الايصاء لانه اوجب لكل منهما شيأ معلوما واوجبه لكل

(يحتمل)

(قوله ويقسم الدار اثلاثا) لا يخفى ايهام ظاهر متنه ان القسمة فى كل من الوصية بغلة الدار وسكناها وليس هذا الا فى الوصية بالسكنى فله القسمة والمهايأة كما ذكر لا فى الوصية بغلة الدار لما قال فى الكافى بعد ذكر مسئلة الوصية بالسكنى ولو اوصى بغلة الدار يجوز ولو لم يكن له مال غيره كان له ثلث الغلة فلو اراد ان يوصى له قسمة الدار بينه وبين الورثة ليكون هو الذى يستغل ثلثها لم يكن له ذلك الا فى رواية عن ابى يوسف كالشريك ولنا ان القسمة تبنى على ثبوت حق الموصى له ولا حق له فى عين الدار وانما حقه فى الغلة اه ولهذا صرف المصنف عموم المتن بقوله شرحا يعنى اذا اوصى بسكنى الدار فقصر الحكم فى القسمة على ما اذا اوصى بالسكنى وسنذكر ان الموصى له بالغلة لا سكنى له فى الاصح فليتنبه لهذه الدقيقة (قوله اوصى لرجل بخدمة عبده سنة ولآخر بخدمته سنتين الخ) كذا فى الكافى ثم قال ولو عين فقال لفلان هذه السنة ولفلان هذه وسنة اخرى يخدم فى السنة الاولى الورثة اربعة ايام ولهما يومين وفى الثانية الورثة يومين والموصى له يوما لانقضاء وصية الآخر اه (قوله اوصى بهذا العبد لفلان وبخدمته لآخر) قاله العينى فى شرح الهداية ونفقته اذا لم يطق الخدمة على الموصى له بالرقبة الى ان يدرك الخدمة لان بها نمو العين وهو يقع لصاحب الرقبة فاذا ادرك الخدمة صار كالكبير والنفقة فى الكبير على من له الخدمة وان ابى الانفاق عليه رده الى من له الرقبة كالمستعير مع المعير وان جنى فالفداء على من له الخدمة ولو ابى فداه صاحب الرقبة او يدفعه وبطلت الوصية

اد

يحتمل الوصيه بانفراده فلا يتحقق بينهما مشاركة فيما اوجبه لكل منهما ثم اذا صحت الوصية لصاحب الخدمة فلو لم يوص فى الرقبة بشئ لصارت الرقبة ميراثا للورثة مع كون الخدمة للموصى له فكذا اذا اوصى بالرقبة لانسان آخر لان الوصية كالميراث فى كون الملك يثبت بعد الموت (و) اوصى (لرجل بثمرة بستانه فمات) اى الموصى (وفيه ثمرة تكون له) اى للموصى له (هذه الثمرة فقط) لا ما يحدث بعدها (وان ضم) اى الموصى (ابدا) بان قال ثمرة بستانى له ابدا (فله معها) اى مع الثمرة الاولى (ما يحدث بعدها) مطلقا (كما فى غلة بستانه) يعنى اذا اوصى له بغلة بستانه فله الغلة القائمة وغلته فيما يستقبل وان لم يقل ابدا والفرق ان الثمرة اسم للموجود عرفا فلا يتناول المعدوم الا بدلالة زائدة كالتنصيص على الابد لانه لا تأبد الا بتناول المعدوم والمعدوم مما ذكر وان لم يكن شيئا واما الغلة فيتناول الموجود وما هو بعرضية الوجود مرة بعد اخرى عرفا يقال فلان يأكل من غلة بستانه ومن غلة ارضه اوداره فاذا اطلقت يتناولهما بلا توقف على دلالة اخرى بخلاف الثمرة اذا اطلقت حيث لا يراد بها الا الموجود فلهذا يفتقر الصرف عنه الى دليل زائد (واوصى بصوف غنمه وولدها ولبنها له ما فى وقت موته ضم ابدا اولا) يعنى اذا اوصى بصوف غنمه او باولادها او بلبنها ثم مات فله ما فى بطونها من الولد وما فى ضروعها من اللبن وما على ظهورها من الصوف يوم يموت الموصى سواء قال ابدا او لم يقل لانه ايجاب عند الموت فيعتبر قيام هذه الاشياء يومئذ بخلاف ما تقدم والفرق ان القياس يأبى تمليك المعدوم الان فى الثمرة والغلة المعدومة جاء الشرع بورود العقد عليها كالمعاملة والاجارة فاقتضى ذلك جوازه فى الوصية بطريق الاولى لان بابها اوسع اما الولد المعدوم والصوف واللبن فلا يجوز ايراد العقد عليها اصلا ولا يستحق بعقد ما فكذا لا يدخل تحت الوصية بخلاف الموجود منها لانه يجوز استحقاقها بعقد البيع تبعا وبعقد الخلع مقصودا فكذا بالوصية (اوصى بجعل داره مسجدا ولم يخرج من الثلث واجازوا) اى الورثة (بجعل مسجدا) لان المانع من الجواز تعلق حقهم فاذا اجازوا زال المانع (فان لم يجيزوا يجعل ثلثها مسجدا) رعاية لجانب الوارث والوصية (و) اوصى (بظهر مركبه فى سبيل الله تعالى بطلت) اى الوصية عند ابى حنيفة رحمه الله تعالى لان وقف المنقول غير جائز عنده فكذا الوصية وعندهما يجوز (ان اوصى بشئ للمسجد لم يجز الا ان يقول ينفق عليه) لانه ليس باهل للملك والوصية تمليك وذكر النفقة بمنزلة الوقف على مصالحه وعند محمد رحمه الله تعالى تجوز لانه يحمل على الامر بالصرف الى مصالحه تصحيحا للكلام (قال اوصيت بثلثى لفلان اوفلان بطلت عند ابى حنيفة) لجهالة الموصى له (وعند ابى

(قوله بثمرة بستانه فمات وفيه ثمرة) انما قيد به لانه اذا لم يكن فى البستان ثمرة والمسئلة بحالها فهى كمسئلة الغلة فى تناولها الثمر المعدومة ما عاش الموصى له ذكره الزيلعى والعينى ثم قال العينى وسقى البستان وخراجه وما فيه صلاحه على صاحب الغلة لانه هو المنتفع به كما فى النفقة (قوله والمعدوم مما يذكر وان لم يكن شيئا) قال العينى وهذا كالوصية بثلث ماله ولا مال له ثم اكتسب مالا عند الموت يستحق ثلثه باعتبار ان المعدوم مذكور لا باعتبار ان المعدوم شئ وهذا نفى لقول المعتزلة واستدلالهم بهذه المسئلة على ان المعدوم شئ اه (قوله واوصى بصوف غنمه الخ) مسائل هذا الباب على وجوه ثلاثة منها ما يقع على الموجود والمعدوم ذكر الابد اولم يذكره كالوصية بالخدمة والسكنى والغلة والثمرة ولم تكن موجودة عند موته ومنها ما يقع على الموجود دون المعدوم ذكر الابد اولم يذكره كالوصية باللبن فى الضرع والصوف على ظهر الغنم والولد فى البطن ومنها ما يقع على الموجود والمعدوم ان ذكر الابد والا فعلى الموجود فقط كالوصية بثمرة بستانه وفيه ثمرة كذا فى التبيين (قوله وبعقد الخلع مقصودا) صورته قالت لزوجها خالعنى على ما فى بطن جاريتى او غنمى صح وله ما فى بطنها وان لم يكن فى البطن شئ فلا شئ له وما حدث بعده للمرأة لان ما فى البطن قد يكون له حقيقة وقد لا يكون فلم تغرم حتى لو قالت حمل جاريتى وليس فى بطنها حمل ترد المهر كذا قاله العينى نقلا عن الشامل (قوله اوصى بشئ للمسجد الخ) كذا فى الكافى وقال فى الخلاصة الوصية لمسجد كذا او القنطرة كذا جائزة وهو لمرمتها واصلاحها كذا روى عن محمد وعن ابى يوسف انه باطل الا ان يقول ينفق على المسجد اه وقال قاضيخان لو اوصى بثلث ماله للمسجد وعين المسجد اولم يعينه فهى باطلة فى قول ابى يوسف رحمه الله تعالى جائزة فى قول محمد رحمه الله تعالى ولو اوصى بان ينفق ثلثه على المسجد جاز فى قولهم اه ومثله فى البزازية وفيها اوصى بثلث ماله للكعبة جاز لمساكين مكة ولبيت المقدس جاز على بيت المقدس ويصرف الى سراجه ونحو ذلك ومثله فى الخلاصة والخانية والله اعلم

﴿ فصل ﴾ (قوله كالمغنيات والنائحات فتصح اوكانت لقوم معينين) يعني وهم يحصون كما في الكافي (قوله الاان يكون لقوم باعيانهم) يعني كبناء مسجد لقوم معينين وكذا الاسراج يعني في مسجد ﴿ ٤٤٦ ﴾ قوم معينين (قوله اوذكر الجهة مشورة)

اي ان كلام الموصي في صرف المال الموصى به الى استبناء المسجد وغيرها خرج منه على طريق المشورة لا على طريق الالزام قال قاضيخان فلو كان لقوم باعيانهم صحت ويكون تمليكا منهم وتبطل الجهة التي عينها ان شاؤا فعلوا وان شاؤا تركوا وكذا ذكره العيني في شرح الهداية (قوله بيعة لليهود اوكنيسة للنصارى) كذا في الهداية وقال العيني شارحها والاصح ان البيعة للنصارى والكنيسة لليهود اه (قوله فتصح مطلقا اي سواء عين قوما اولا) يعني عند ابي حنيفة ولم يذكره لاعلامه بمقابلته بقول الصاحبين (قوله لان هذا بمنزلة الوقف عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى والوقف عنده يورث ولا يلزم مالم يسجل فكذا هذا) فيه نظر اما اولا فلانه تقدم في الوقف اللزوم بغير هذا عند الامام فلا حصر وثانيا فيه ابهام انه اذا سجل صار لازما كالوقف وليس مرادا لان ما صنعه في صحته من بيعة اوكنيسة اوبيت نار يورث كالوقف الذي لم يسجل ولا يكون كالوقف اذا سجل فليتأمل (قوله واما عندهما فلانها معصية فلا تصح) محصل الخلاف في التخريج واتفقوا على توريث ما بناه من البيعة والكنيسة وبيت النار في صحته (قوله فيكون على الخلاف المعروف في تصرفاته بين الامام وصاحبيه) كذا في الكافي وقال في شرح المجمع وبيعه وشراؤه وعتقه ورهنه وتصرفه في ماله موقوف عند ابي حنيفة فان اسلم

يوسف لهما اويصطلحا على اخذ الثلث) كما لو قال لفلان اولفلان على الف (وعند محمد يخير الورثة) فايهما شاؤا اعطوا القيامهم مقامه كذا في الكافي

﴿ فصل ﴾

(ووصايا الذمي) على اربعة اوجه لانها (اما معصية عندنا وعندهم كما للمغنيات والنائحات فتصح) لوكانت (لقوم معينين تمليكا من الثلث) فانهم لما تعينوا جاز تمليكهم (والا) اي وان لم يكونوا معينين (فلا) اي لا تصح اصلا اما تمليكا فلان التمليك للمجهول لا يصح واما قربة فلانها معصية عند الكل فكيف تصح قربة (واما معصية عندهم وقربة عندنا كجعل داره مسجدا اوالاسراج في المساجد فلا تصح اتفاقا) اعتبار الاعتقادهم لانا نعمل معهم بدياناتهم (الاان تكون لقوم باعيانهم) فحينئذ تصح تمليكا منهم وذكر الجهة مشورة (واما قربة عندنا وعندهم كجعل ثلثه للفقراء اوعتق الرقبة اوالاسراج في بيت المقدس فتصح اتفاقا) لان الديانة متفقة من الكل (واما بقربة عندهم ومعصية عندنا كجعل داره بيعة) لليهود (اوكنيسة) للنصارى (اوبيت نار للمجوس (فتصح مطلقا) اي سواء عين قوما اولا (وعندهما لا) اي لا تصح الا ان يوصي (لمعينين) لهما انه وصية بالمعصية وفي تنفيذها تقرير للمعصية والسبيل في المعصية ردها لا تنفيذها وله ان المعتبر دياناتهم في حقهم لانا امرنا بان نتركهم وما يدينون وهي قربة عندهم فتصح (وتورث) اي البيعة والكنيسة وبيت النار (ان صنعت في الصحة) يعني اذا صنع يهودي بيعة اونصراني كنيسة اومجوسي بيت نار في صحته ثم مات فهو ميراث لان هذا بمنزلة الوقف عند ابي حنيفة والوقف عنده يورث ولا يلزم مالم يسجل فكذا هذا واما عندهما فلانها معصية فلا تصح (وذو هوى) اي من يتبع هوى نفسه ميلا الى البدع (ان اكفر) اي حكم بكفره كطائفة منهم يقولون لعلي رضي الله تعالى عنه الاله الا كبر (فكالمرتد) فيكون على الخلاف المعروف في تصرفاته بين الامام وصاحبيه وفي المرتدة الاصح ان تصح وصاياها لانها تبقى على الردة بخلاف المرتد لانه يقتل اويسلم (والا) اي وان لم يكفر (فكالمسلم في وصاياه) لانا امرنا ببناء الاحكام على الظاهر ﴿ تنبيه ﴾ لما كان هنا مسائل مهمة فهمت مما سبق ضمنا وكان يجب حفظها والاهتمام بها اصالة لكثرة وقوعها وغفله كثير من الناس عنها اوردها ههنا وصدرها بالتنبيه اشارة الى ماذكر (الوصية المطلقة) بان يقول مثلا هذا القدر من مالي اوثلث مالي وصية اواوصيت هذا القدر من مالي اوثلث مالي (لا تحل للغني) لانها صدقة وهي على الغني حرام (وان) وصلية (عممت) بان يقول الموصي يأكل منها الفقير والغني لان اكل الغني من الوصية لا يصح الا بطريق التمليك والتمليك لا يصح الا للمعين والغني لا يعين لا يحصى (واذا خصت) اي الوصية (بغني) بان يقول مثلا هذا القدر من مالي اوصيته لزيد وهو غني (اولقوم اغنياء محصورين حلت لهم) لصحة التمليك لهم لتعينهم (كذا الحال في الوقف) يعني ان الوقف المطلق مختص بالفقراء لا يحل للغني وان عم واذا خص بغني معين اوبقوم محصورين اغنياء حل لهم ويملكون منافعه لا عينه حتى اذا ماتوا يتقرر عينه في

صحت عقوده وان مات اوقتل اولحق بدار الحرب بطلت واجازاها مطلقا اي سواء اسلم اولم يسلم الاان عند ابي يوسف ينفذ كما ينفذ من الصحيح حتى تعتبر تبرعاته من كل المال وعند محمد ينفذ كما ينفذ من المريض ويعتبر من الثلث اه والله اعلم

(ملك)

ملك الواقف اووارثه واذا ماتوا يكون للفقراء

﴿الباب الثانى فى الايصاء﴾

بمعنى جعل الغير وصيا (اوصى الى زيد) اى جعله وصيا (وقبل عنده فان رده عنده رد) لانه متبرع فى ذلك فان شاء دام عليه وان شاء رجع اذ ليس للموصى ولاية الزام التصرف على الغير وليس فى الرجوع تغرير اذ يمكنه ان يوصى غيره (والا) اى وان لم يرد عنده سواء رده عند غيره او بعد مماته (فلا) اى فلا يرد لانه لما قبل فى وجهه اعتمد الموصى على قبوله فلم يوص الى غيره فلو جوز رده فى حياته او بعد مماته لصار الميت مغرورا وذلك باطل (وان سكت) اى لم يقبل ولم يرد (فات الموصى فله رده وقبوله) لانه متبرع فى التصرف للغير فلا يلزم ذلك بلا قبوله كالوكالة ولا تغرير ههنا لان الموصى هو الذى اغتر حيث لم يتعرف عن حاله انه يقبل الوصاية ام لا (وان رد ثم قبل صح الا اذا نفذ رده) اى الموصى اليه ان لم يقبل حتى مات الموصى ثم قال لا اقبل ثم قبل صح ان لم يكن القاضى اخرجه حين قال لا اقبل لان الايصاء لا يبطل بمجرد قوله لا اقبل لان فى ابطاله ضررا بالميت والضرر واجب الدفع فان كان القاضى اخرجه من الايصاء حين قال لا اقبل فاذا قبل بعده لا يصح لان اخراجه قد صح لانه موضع الاجتهاد اذ الرد صحيح عند زفر (ولزم) اى الايصاء (ببيع شئ من التركة وان جهل) اى الوصى (به) اى بكونه وصيا لوجود دليل القبول اذ المقصود هو التصرف وهو معتبر بعد الموت لان اوان ولايته بعده (وينفذ البيع لصدوره عن الوصى وان لم يعلم كونه وصيا بخلاف ما لو وكل رجلا بالبيع فباع شيأ من متاعه وهو لا يعلم بوكالته حيث لا ينفذ لان الايصاء اثبات خلافته لثبوت اوان انقطاع ولايته واذا كان استخلافا صح بغير علمه كالوارثة اما التوكيل فاثبات الولاية وليس باستخلاف لثبوته حال قيام ولاية الموكل فلا يصح بغير علم من تثبت عليه كاثبات الملك بطريق البيع والهبة (و) اوصى (الى عبد لغيره او كافر او فاسق بدله القاضى بغيره) هذا اللفظ يشير الى صحة الوصية لان الاخراج المفهوم من التبديل انما يكون بعد ثبوت الايصاء وذكر محمد فى الاصل ان الوصية باطلة قيل معناه سيبطل فى جميع هذه الصور وقيل فى العبد معناه باطل لعدم ولايته وعدم استبداده وفى غيره معناه ستبطل وقيل فى الكافر باطلة ايضا لانه لا ولاية له على المسلم ووجه الصحة ثم الاخراج ان الايصاء الى الغير انما يجوز شرعا ليتم به نظر الموصى لنفسه ولاولاده وبالايصاء الى هؤلاء لا يتم معنى النظر وان وجد اهل النظر لكون العبد اهلا للتصرف ليس بمولى عليه من جهة من يتصرف عليه ولكون الفاسق من اهل الولاية حتى ان الخلفاء قد ارتكبوا تصرفا حتى لو تصرف نفذ تصرفه لثبوت ولاية الكافر الجملة حتى نفذ شراؤه عبدا مسلما ولكن يجبر على بيعه وانما قال لا يتم معنى النظر لتوقف ولاية العبد على اجازة سيده وتمكنه من الحجر بعدها واشتغاله بخدمة المولى فيتوهم التقصير فى استيفاء حقوق الميت وتوهم الخيانة من الكافر للمعاداة الدينية ومن الفاسق بفسقه فيخرجه القاضى من الوصاية ويجعل مكانه وصيا آخر تتميما للنظر (و) اوصى (الى عبده صح لورثة صغار)

(قوله والا اى وان لم يرد عنده سواء رده عند غيره او بعد مماته فلا اى لا يرد الخ) القول بعدم صحة الرد عند غيره فى حياة الموصى المراد به ما لم يبلغه العلم برد الوصى لما قال العينى فى شرح الهداية ومن اوصى الى رجل فقبل الوصى فى وجه الموصى وردها اى الوصية فى غير وجهه اى بغير علم الموصى فليس برد اه ولما قال فى المجتبى كما رأيته معزوا بخط ثقة قال فى المجتبى قلت قيد المصنف بوجهه يعنى قوله وصح رده فى وجهه واتبعه الشارحون حتى اشتبه على ان العلم هل يكفيه ام لا فوجدت المسئلة منصوصة لمحمد الله فى التحفة السمرقندية قال لا يصح الرجوع بدون محضر من الموصى او علمه فانه من انفراده (قوله وينفذ البيع لصدوره عن الوصى وان لم يعلم كونه وصيا) هذه رواية الزيادات وبعض روايات المأذون وعن ابى يوسف انه لا يجوز بيع الوصى ايضا يعنى كالوكيل قبل العلم بالوصاية اعتبارا بالوكالة لان كلا منهما نيابة كذا فى شرح الهداية للعينى (قوله والى عبد الغير) قيد به لما يأتى انه اذا اوصى لعبده والورثة صغار صح (قوله وبالايصاء الى هؤلاء لا يتم معنى النظر) قال الزيلعى فلو زال الرق او الكفر وبلغ الصبى قبل اخراج القاضى لا يخرجهم اه ولم يذكر زوال الفسق ولعله كذلك (قوله وان وجد اهل النظر) عبارة الكافى اصل نظر (قوله لكون العبد اهلا للتصرف ليس بمولى عليه) لعله وليس بواو العطف (قوله ومن الفاسق لفسقه) يعنى وتوهم الخيانة من الفاسق لفسقه فجعل الفسق ذاته موجبا لاخراجه وكذا اطلقه فى الكنز وذكر الزيلعى والنسفى فى الكافى فى الاصل ان يكون الفاسق منهما مخوفا منه على المال

حتى او كان فيهم كبير لم يصح عندنا وعندهما لا يصح مطلقا لان فيه اثبات الولاية للمملوك على الس وهو قلب المشروع وله انه اوصى الى من هو اهله فتصح كما او اوصى الى مكاتب نفسه او مكاتب غيره وهذا لانه مكلف مستبد بالتصرف وليس لاحد عليه ولاية فان لصغار وان كانوا ملاكا لكن لما اقامه ابوهم مقام نفسه صار مستبدا بالتصرف مثله بلا ولاية لهم عليه بخلاف عبد الغير فانه مولى عليه وبخلاف ما اذا كان فيهم كبير لانه يبيع نصيبه او يمنعه فيعجز الوصى من الاداء بحقه فامتنع الجواز (و) اوصى (الى عاجز عن القيام بها) اى بالوصاية لم يعزله القاضى بل (ضم اليه غيره) لان فى الضم رعاية الحقين حق الموصى وحق الورثة فان تكميل النظر يحصل به لان النظر يتم باعانة غيره ولو شكا الوصى اليه ذلك فلا يجيبه حتى يعرف ذلك حقيقة لان الشاكى قد يكون كاذبا تخفيفا على نفسه ولو ظهر للقاضى عجزه اصلا استبدل به غيره رعاية للنظر من الجانبين (ويبقى على الوصاية امين يقدر) اى لا يجوز للقاضى اخراجه لانه لو اختار غيره لكان دونه لانه مختار الميت الا يرى انه يقدم على اب الميت مع كمال شفقته فلان يقدم على غيره اولى (و) أوصى (الى اثنين لا ينفرد احدهما) بالتصرف بدون الآخر (ولو وصلية اى ولو كان ابصاؤه (الى كل منهما بالانفراد عند ابى حنيفة ومحمد الا فى اشياء ستبين وقال ابو يوسف يتصرف كل فى الجميع لا لان الابصاء من باب الولاية وهى اذا ثبت لاثنين شرعا ثبتت لكل واحد كلا على الانفراد كالاخوين فى ولاية الانكاح فكذا اذا ثبتت شرطا فان الولاية لا تحتمل التجزى لكونها عبارة عن القدرة الشرعية والقدرة لا تتجزأ ولهما ان الموصى انما رضى برأيهما لا رأى احدهما الفرق بينهما بخلاف الاخوين فى النكاح لان السبب ثمة الاخوة وهى قائمة بكل منهما على الكمال والسبب هنا الايصاء وهو اليهما لا الى كل منهما ثم استثنى من قوله لا ينفرد احدهما بقوله (الا بشراء كفنه وتجهيزه) فانه لا يبتنى على الولاية وربما يكون احدهما غائبا ففى اشتراط اجتماعهما فساد الميت ولو فعله عند الضرورة جيرانه جاز (والخصومة فى حقوقه) لانهم لا يجتمعان عليه عادة ولو اجتمعا لم يتكلم الا احدهما غالبا (وشراء حاجة الطفل) لان فى تأخيره خوف لحوق الضرر به (والاتهاب له) اى قبول الهبة للطفل فانه ليس من باب الولاية ولهذا تملكه الام ومن فى عياله (واعتاق عبد معين ورد وديعة وتنفيذ وصية معينتين) لعدم الاحتياج الى الرأى (وبيع ما يخاف تلفه وجمع اموال ضائعة) لان فيه ضرورة (وان مات احدهما فان اوصى الى الحى او الى آخر فله) اى لمن اوصى اليه الوصى سواء كان الحى او آخر (التصرف) فى التركة (وحده) ولا يحتاج الى نصب القاضى وصيا (والا) اى وان لم يوص الوصى (ضم) اى القاضى (اليه غيره) لان الموصى قصد ان يخلفه وصيان متصرفان فى حقوقه وامكن تحقيقه بنصب وصى آخر (نصب القاضى وصيا امينا كافيا لم ينعزل بعزله) لانه اشتغال بما لا يفيد الا ان لا يكون عدلا (فيعزله وينصب عدلا ولو عدلا غير كاف ضم اليه كافيا وينعزل بعزله قيل) قائله السمرقندى فى مجموعاته (وينعزل به ايضا) اى بعزل القاضى (العدل الكافى واستبعد) اى (استبعده)

(قوله لم يصح عندنا) اى عند ابى حنيفة رحمه الله تعالى (قوله وعندهما لا يصح مطلقا) هو القياس وقيل قول محمد مضطرب ذكره العينى فى شرح الهداية (قوله ولو شكا الوصى اليه فلا يجيبه الخ) كذا اذا شكا الورثة او بعضهم الوالى القاضى فانه لا ينبغى له ان يعزله حتى يبدو له منه خيانة لان الموصى اختاره والشاكى قد يكون ظالما فى شكواه كذا فى الكافى (قوله ويبقى على الوصاية امين) يبقى مبنى للمجهول وامين نائب الفاعل (قوله وقال ابو يوسف يتصرف كل فى الجميع) كذا قال الزيلعى ثم قيل الخلاف فيما اذا اوصى الى كل واحد منهما بعقد على حدة واذا اوصى اليهما بعقد واحد فلا ينفرد احدهما بالاجماع كذا ذكره الكيسانى وقيل الخلاف فيما اذا اوصى اليهما معا بعقد واحد واما اذا اوصى الى كل واحد منهما بعقد على حدة ينفرد احدهما بالتصرف بالاجماع ذكره الحلوانى عن الصفار قال ابو الليث وهو الاصح وبه نأخذ وقيل الخلاف فى الفصلين جميعا ذكره ابو بكر الاسكاف وقال فى المبسوط وهو الاصح اه ما قاله الزيلعى (قوله الا بشراء كفنه الخ) زاد الزيلعى على ذلك رد البيع الفاسد وحفظ المال فينفرد به كل منهما (قوله وينعزل بعزله) اى ينعزل العدل الكافى الذى نصبه القاضى بعزله وهذا قول مقابل للقول الاول الجازم بعدم عزل العدل الكافى وكان على المصنف رحمه الله تعالى بيان ذلك لانه ان لم يذكر كان ظاهر كلامه التناقض بلا وجه له (قوله وينعزل به ايضا اى بعزل القاضى العدل الكافى) اقول يعنى ينعزل وصى الميت بعزل القاضى له كعزله منصوبه ولو كان عدلا كافيا وان كان يخفى علم ذلك من متنه فقد اوضحه فى الشرح بقوله استبعده ظهير الدين المرغينانى بأنه يقدم على القاضى لانه مختار الميت

استبعده ظهير الدين المرغيناني بانه يقدم على القاضي لانه مختار الميت فاذا انعزل وصي الميت وان كان عدلا كافيا فكيف وصي القاضي (وصي الوصي وصي لهما) يعني اذا مات الوصي واوصى الى آخر فهو وصية في تركته وتركة الميت الاول لان الوصي يتصرف بولاية منتقلة اليه فيملك الايصاء الى غيره كالجد (وقسمته) اى قسمة الوصي نائبا (عن ورثة غيب مع الموصى له تصح) يعني اذا مات رجل له ورثة غيب واوصى الى زيد ولبكر بمبلغ جاز لزيد الوصي ان يقسم تركته بين ورثته الغيب وبين بكر الموصى له بان يأخذ حق الورثة ويسلم الباقي الى الموصى له لان الورثة خليفة الميت حتى يرد بالعيب ويرد عليه به ويصير مغرورا بشراء المورث حتى يكون الولد حرا والوصي خليفة ايضا فيكون خصما للوارث اذا كان غائبا فصحت قسمته عليه (فلا يرجعون) اى الورثة (عليه) اى الموصى له (ان ضاع قسطهم) اى حصة الورثة (معه) اى مع الوصي لان الهلاك بعد تمام القسمة يكون على من وقع الهلاك في قسمته (وقسمته) اى الوصي (عن الموصى له الغائب معهم) اى مع الورثة (لا) اى لا تصح لان الموصى له ليس خليفة عن الميت من كل وجه لانه ملكه بسبب جديد حتى لا يرد ولا يرد عليه ولا يصير مغرورا بشراء الموصي فلا يكون الوصي خليفة عنه عند غيبته (فيرجع) اى الموصى له ان ضاع قسطه مع الوصي (بثلث ما بقي) لانه شريك الوارث فيتوى ما توى من المال المشترك على الشركة ويبقى ما بقي عليها (وللقاضي قسمتها واخذ قسطه) اى يجوز للقاضي ان يقسم التركة عن الموصى له الغائب مع الورثة واخذ قسط الموصى له لان القاضي نصب ناظرا لاسيما في الموتى والغيب ومن النظر افراز قسط الغائب وقبضه فنفذ ذلك وصح حتى لو حضر الغائب وقد ضاع المقبوض لم يكن له على الورثة سبيل (قاسمهم) اى الوصي مع الورثة (في الوصية بحج) واخذ الوصي المال (فهلك المال في يده او يد من يحج) عن الموصي (حج بثلث ما بقي) من التركة لان القسمة لا تراد لذاتها بل لمقصودها وهو تأدية الحج فلم تعتبر دونه فصار كما اذا هلك قبل القسمة (صح بيعه) اى الوصي (عبدا من التركة بغيبة الغرماء) لان الوصي قائم مقام الموصي ولو تولاه حيا بنفسه بغيبتهم جاز وان كان في مرض موته فكذا من قام مقامه وسره ان حق الغرماء تعلق بالمالية لا بالصورة وهي باقية ببقاء الثمن (باع) اى الوصي (ما اوصى ببيعه وتصدق بثمنه فاستحق) اى المبيع (بعد ان هلك ثمنه معه) اى مع الوصي (ضمن) اى الوصي لانه العاقد فيكون العهدة عليه وهذه عهدة لان المشتري منه ما رضي ببذل الثمن الا ليسلم له العبد ولم يسلم فقد اخذ الوصي البائع مال الغير بلا رضاه فيجب عليه رده (ورجع في التركة) لانه عامل له فيرجع عليه كالوكيل (كوصي باع حصة الصغير وهلك ثمنه معه) اى مع الوصي (فاستحق) اى العبد (فانه) اى الوصي (يرجع في ماله) اى مال الصغير لانه عامل له (وهو) اى الصغير (يرجع على الورثة بحصته) لانتقاض القسمة باستحقاق ما اصابه (وله) اى للوصي (ان يسافر بمال الصغير ويدفع مضاربة وبضاعة ويوكل ببيع وشراء واستئجار ويودع ماله ويكاتب قنه ويزوج امته لا قنه ويرهن ماله بدينه ويدين نفسه فلو هلك ضمن

(قوله فاذا انعزل وصي الميت وان كان عدلا كافيا فكيف وصي القاضي) اقول ليس من كلام ظهير الدين بل من كلام غيره توجيها لصحة عزل منصوب القاضي فكان ينبغي للمصنف ايضاحه دفعا للبس وتوضيح ما قلناه بما نصه في القنية نصب القاضي وصيا امينا كافيا ثم عزله لا ينعزل لانه اشتغال بما لا يفيد (ضمن) الوصي ان لم يكن عدلا يعزله القاضي وينصب غيره وان كان عدلا غير كاف ضم اليه كافيا ولو عزله ينعزل وكذا لو عزل العدل الكافي ينعزل (صب) واستبعده ظهير الدين وقال انه مقدم على القاضي لانه مختار الميت قال استاذنا فاذا كان ينعزل وصي الميت وان كان عدلا كافيا فكيف وصي القاضي اه ما في القنية وقال في الفتاوى الصغرى الوصي من جهة الميت اذا كان عدلا كافيا لا ينبغي للقاضي ان يعزله وان لم يكن عدلا يعزله وينصب وصيا آخر ولو كان عدلا غير كاف لا يعزله لكن يضم اليه كافيا ولو عزله ينعزل وكذا لو عزل العدل الكافي ينعزل هكذا ذكر عصام وذكر في القدوري ليس للقاضي ان يخرج الوصي من الوصاية ولا يدخل فيها غيره معه فان ظهرت منه خيانة او كان فاسقا معروفا بالشر اخرجه ونصب غيره ولو كان ثقة ضعيفا ادخل معه غيره وهكذا قال في شرح الطحاوي وهكذا ذكر في وصايا الاصل لكن لم يذكر انه لو عزل لا ينعزل اه عبارة الصغرى

٥٦

قدر المؤدى من دينه وله ان يعمل به مضاربة وينبغى ان يشهد عليه ابتداء والاصدق ديانة ويكون المشترى كله للصبى قضاء وعلى هذا الاب فى ذلك كله وليس للاب تحريرقنه ولو بمال ولا ان يهب ماله ولو بعوض) كذا فى العمادية (وله) اى للوصى (التجارة بمال اليتيم لليتيم لا لنفسه به) اى لا يجوز له التجارة لنفسه بمال اليتيم سواء ورثه من ابيه او تملكه بوجه آخر ولا بمال الميت (فان فعل وربح ضمن رأس المال وتصدق بالربح) عند ابى حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند ابى يوسف يسلم له الربح ولا يتصدق بشئ كذا فى الخانية (ويحتال) اى يقبل الحوالة (على الاملا لا الاعسر) لما فيه من الضرر (ولا يقرض) اى الوصى مال اليتيم لانه تبرع وهو عاجز عن استخلاصه بخلاف القاضى فانه قادر عليه ولذا له ان يقرضه ومال الوقف والغائب (ولا يبيع ولا يشترى الا بما يتغابن الناس) لان تصرفه نظرى ولا نظر فى الغبن الفاحش بخلاف اليسير اذ لا يمكن التحرز عنه ففى اعتباره انسداد باب البيع (ويبيع على الكبير الغائب الا العقار) لان الاب يلى ماسواه ولا يليه فكذا وصيه فكان القياس ان لا يليه الوصى اذ لا يملكه الاب على الكبير لكنهم استحسنوا لانه مما يتسارع اليه الفساد فيحتاج الى الحفظ وحفظ الثمن ايسر وهو يملك الحفظ بخلاف العقار فانه محصن بنفسه (اذا لم يكن دين) فى الفتاوى الظهيرية عدم جواز بيع العقار للوصى اذا لم يكن على الميت دين واما اذا كان فيملكه بقدر الدين (ويبيعه) اى الوصى العقار وان لم يكن دين (بضعف قيمته او للدين) كما نقلناه عن الظهيرية او النفقة) اى نفقة الصغير قال فى الهداية فى اواخر باب النفقة الاب اذا باع العقار او المنقول على الصغير جاز لكمال الولاية ثم له ان يأخذ منه نفقته لانه جنس حقه (او وصية مرسلة) اى مطلقة بان يقول ثلث مالى او ربعه مثلا وصية فحينئذ يجوز بيع العقار اذا كان فى المال (او زيادة خرجه على غلته او اشرافه) اى قربه (الى الخراب) حتى اذا لم يبع كان خرابا فهذه اعذار ستة (لا يجوز اقراره) اى الوصى (بدين على الميت ولا بشئ من تركته) انه لفلان لكونه اقرارا على الغير (الا ان يكون) المقر (وارثا فيصح فى حصته) لانه اقرار على نفسه (اقر) اى الوصى (بعين لآخر ثم ادعى انه للصغير لا يسمع) كذا فى العمادية (شهد وصيان ان الميت اوصى الى زيد معهما او ابنان اباهما اوصى الى زيد بطلت) اى شهادتهم لانهم متهمون اما الوصيان فلاثباتهما لانفسهما معينا الا ان يدعيه المشهود له فتقبل استحسانا لان للقاضى ولاية نصب الوصى ابتداء وولاية ضم آخر اليهما فهما اسقطا مؤنة التعيين عن القاضى واما الابنان فلجرهما لانفسهما نفعا بنصب حافظ للتركة (كذا شهادتهما لصغير بمال) سواء انتقل اليه عن الميت او غيره (او كبير بمال الميت) فانها ايضا باطلة اما الاولى فلان التصرف فى مال الصغير للوصى سواء كان من التركة اولا واما الثانية فلان مال الكبير ان كان من التركة فلا يجوز شهادة الوصى عند ابى حنيفة لان له ولاية الحفظ وولاية البيع ان كان الكبير غائبا (وصحت) اى الشهادة (فى مال غيره) اى مال غير الميت فان مال الكبير ان لم يكن من التركة فلا تصرف للوصى فيه فتجوز (شهادته و) صحت (شهادة رجلين

(لآخرين)

فلا يجوز والجواب عن الحديث انه محمول على خيار القبول اى قبول كل واحد من المتعاقدين العقد فى المجلس وفائدته دفع توهم ان الموجب بعد ما اوجب لا يكون له ان يرجع لا خيار الفسخ بعد الايجاب والقبول لا القبول المقابل للايجاب لانه ظاهر لا يحتاج الى البيان وفى الحديث اشارة اليه لان الاحوال ثلاث حال لم يوجد فيها الايجاب والقبول وحال وجدا فيها وانقضيا وحال وجد فيها احدهما والآخر موقوف واطلاق اسم المتبايعين عليهما فى الاولى مجاز باعتبار ما يؤل اليه وفى الثانية مجاز باعتبار ما كان وفى الثالثة حقيقة لما تقرر فى موضعه ان اسم الفاعل حقيقة فى الحال اى اجزاء من اواخر الماضى واوائل المستقبل وهى حال المباشرة بأن يقبل احدهما فى المجلس والآخر متوقف فيه فتعين الثالثة فانهما متبايعان حقيقة حال المباشرة لا ما قبلها ولا ما بعدها وتحتملها فيحمل عليها لئلا يلزم ابطال حق الآخر والتفرق المذكور فى الحديث محمول على تفرق الاقوال بأن يقول احدهما بعت ويقول الآخر لا اشترى او بالعكس حيث لا يبقى الخيار بعده فان قيل التفرق يكون بعد الاجتماع وهو لا يتصور ههنا قلنا المراد بالتفرق عدم الاجتماع ابتداء وهذا مبنى على قاعدة مقررة فى المفتاح والكشاف فانهم يقولون ضيق فم الركية ووسع كم الثوب والمراد فى الاول جعل فم الركية ضيقا ابتداء وفى الثانى جعل كم الثوب واسعا ابتداء فلا تغفل (وكفى) فى صحة البيع (الاشارة فى اعواض) اعم من المبيع والثمن (غير ربوية) احتراز عن بيع درهم ودينار وحنطة ونحوها بجنسها فان الاشارة فيه لا تكفى بل لا بد من مساواتها قدر الاحتمال الربا كما سيأتى وانما كفت الاشارة لكونها ابلغ طرق التعريف فلا يحتاج الى بيان القدر والوصف بخلاف السلم فان معرفة قدر المسلم فيه ووصفه واجبة فيه لكونه غير مشار اليه كما سيأتى (وشرط معرفة مبيع يسلم) اى يحتاج الى التسليم احتراز عما اذا اقر ان لفلان عنده متاعا فاشتراه منه ولم يعرفاه فانه يجوز لعدم احتياجه الى التسليم ذكره الزاهدى (بما) متعلق بمعرفة (يرفع الجهالة) المفضية الى النزاع المفضى الى فساد البيع بان باع غنما واشار الى مكانه وليس فيه معنى بذلك الاسم غيره فانه جائز كما سيأتى فى خيار الرؤية (و) شرط ايضا معرفة (قدر ثمن) كعشرة مثلا كائن (فى الذمة) احتراز عن المشار اليه كما سبق وما يحصل فيها هو المكيلات والعدديات المتقاربة والموزونات كالدراهم والدنانير وسائر ما يوزن اذا قوبلت بالاعيان القيمية (و) معرفة (وصفه) ككونه بخاريا او سمرقنديا لان جهالتهما تفضى الى النزاع فيعرى العقد عن المقصود (وصح) البيع (بحال) اى بثمن حال (ومؤجل) لاطلاق قوله تعالى واحل الله البيع وعنه صلى الله عليه وسلم انه اشترى من يهودى ثوبا الى اجل ورهنه درعه ولا بد ان يكون الاجل معلوما لان الجهالة فيه مانعة من التسليم الواجب بالعقد فهذا يطالبه فى قريب المدة وذاك يسلم فى بعيدها كذا فى الهداية والكافى وغيرهما اقول فيه اشكال لان نص البيع مطلق كما قالوا واشتراط معلومية الاجل بالدليل العقلى تقييد المطلق بالرأى وهو غير صحيح لما تقرر فى الاصول ان تقييد المطلق نسخ

(قوله ونحوها) يعنى نحو الثلاثة بجنسها (قوله فلا يحتاج الى بيان القدر والوصف) اقول ولكن لا تسقط الجودة حتى لو اراه دراهم وقال اشتريت بهذه فوجدها زيوفا او نبهرجة كان له ان يرجع بالجياد كما فى البرهان (قوله واجبة فيها) لعله واجب فيه اذا الضمير راجع للمسلم فيه (قوله ولم يعرفاه) يعنى مقداره (قوله واشار الى مكانه الخ) بل يصح البيع وان لم يشر الى مكانه واعم منه وبيع نصيبه من مشترك لغير شريكه بغير اختلاط المثلى ولى فيه رسالة

ونسخ الكتاب بالرأى لايجوز ويمكن دفعه بان اطلاق النص انما هو بالنظر الى نفس الاجل وهى لم تقيد بالمعلومية لما سيأتى فى خيار الشرط انه اذا قال بعتك هذا الى اجل اومؤجلا صح فينصرف الى نصف يوم اوثلاثة ايام اوشهر والمقيد بالمعلومية انما هو وقت الاجل والنص ليس بمطلق بالنظر اليه ولهذا قلت (معلوم الوقت) حتى اذا جهل وقته فسد البيع كالبيع الى الحصاد ونحوه وتحقيقه ان البيع مطلق والمطلق هو المتعرض للذات دون الصفات لابالنفى ولابالاثبات وذات البيع وحقيقته كما عرفت مبادلة المال بالمال فالثمن معتبر فى مفهوم البيع والتأجيل من صفات الثمن فيكون من صفات البيع ولهذا يقال بيع مؤجل فبالنظر الى التأجيل يكون البيع مطلقا لايجوز تقييده بشئ واما تعيين وقت الاجل فليس من صفات البيع بل امر له نوع تعلق بصفته فبالنظر اليه لايكون البيع مطلقا فيجوز تقييده بالرأى اى فيندفع الاشكال (ويبطل) الاجل (ان مات البائع لايبطل الاجل وان) مات (المشترى حل المال) لان فائدة التأجيل ان يتجر فيؤدى الثمن من نماء المال فاذا مات من له الاجل تعين المتروك لقضاء الدين فلايفيد التأجيل (واذا منع البائع السلعة سنة الاجل فللمشترى اجل سنة ثانية) يعنى اذا اشترى بثمن مؤجل الى سنة غير معينة ولم يقبض المبيع حتى مضت السنة فللمشترى سنة اخرى بعد قبضه وقالا ليس له ذلك (و بمطلق) اى صح البيع بثمن مطلق عن ذكر الصفة لاالقدر لوجوب ذكره لما عرفت (فالعقد) اى فالعقد حينئذ يقع (على غالب النقد) اى غالب نقد البلد فى الرواج لانه المتعارف (فان استوى) اى لم يوجد الغالب بل استوى (الرواج) فى النقود (لاالمالية) بل تفاوتت فيها (فسد) اى البيع (ان لم يبين) اى الثمن انه من اى نوع لان الجهالة تفضى الى النزاع كما مر (او) استوى (المالية ايضا) اى كما استوى الرواج (واختلف الاسم) كالاحادى والثنائى والثلاثى (صح ان اطلق اسم الدرهم على كل منها) حيث يطلق على الواحد من الاول والاثنين من الثانى والثلاث من الثالث اسم الدرهم اذ لانزاع عند عدم الاختلاف فى المالية وهو المانع من الجواز (وصرف الى ماقدر به من كل نوع) مثلا اذا باع عبدا بالف درهم فله ان يعطى الفا من الاحادى اوالفين من الثنائى اوثلاثة آلاف من الثلاثى هذا ماذكر فى الكافى واراد صاحب الهداية وان كان فى عبارته نوع غموض (ولايتعين النقدان) النقد ماليس مصوغا من الذهب والفضة مسكوكا اولا (والفلوس النافقة) كذا فى العمادية (فى صحيحه) اى صحيح البيع (وان عينا) يعنى اذا عين العاقد ان درهما مثلا ثم اراد المشترى تبديله بدرهم آخر جاز عندنا ولايسمع نزاع البائع وعند الشافعى يتعينان بالتعيين حتى لايجوز تبديله بآخر ولو هلك قبل التسليم اواستحق بعده اوقبله ينتقض البيع عنده لاعندنا بل يطالب بتسليم مثله وانما قال فى صحيحه لما ذكره فى العمادية ان الدراهم والدنانير يتعينان فى البيع الفاسد من الاصل ولا يتعينان فيما ينتقض بعد الصحة صورة الاول مااذا باع عبدا وقبض الثمن فظهر انه ثمن الحر اوباع جارية وظهر انها ام

(ولده)

(قوله وهى لم تقيد بالمعلومية) الضمير فى هى يرجع للاية يعنى واحل الله البيع (قوله واذا منع البائع السلعة الخ) اقول محل الاختلاف فيما اذا قال الى سنة كما ذكر اما او قال الى رجب وحبسه اليه فليس له من الاجل غيره لانه اسم علم على رجب خاص فكان منصرفا الى اول رجب يأتى عقيب العقد باتفاق كما فى البرهان (قوله يتعينان فى البيع الفاسد من الاصل) يعنى من اصله لالطارئ عليه

ولذ تعين دراهم الثمن للرد لان لهذا القبض حكم الغصب وصورة الثاني مااذا باع عبدا وهلك قبل التسليم فالثمن المقبوض لا يتعين في رواية وهو الاصح (وصح) البيع (في الطعام) وهو الحنطة ودقيقها لانه يقع عليهما عرفا وسيأتي في الوكالة (والحبوب) وهي غيرهما كالعدس والحمص ونحوهما (ولو) كان البيع (جزافا) اي بطريق المجازفة معرب كزاف (او) بيع (بغير جنسه) لقوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم بخلاف ما اذا بيع بجنسه مجازفة فانه لا يصح لاحتمال الربا (وصح) ايضا بيع المكيلات والموزونات (باناء او بحجر معين) كل منهما (جهل قدره) لان المانع من الصحة جهالة تفضي الى النزاع وههنا ليست كذلك لان التسليم في البيع متعجل فيندر هلاك الاناء والحجر بخلاف السلم فان التسليم فيه متأخر فالهلاك ليس بنادر قبله فتحقق فيه المنازعة وعن ابي يوسف ان الجواز فيما اذا كان المكيال لا ينكبس بالكبس كالقصعة ونحوها واما اذا كان كالزنبيل ونحوه فلا يجوز وكذا اذا كان الحجر يتفتت او بامه يوزن شيء اذا جف يخف (و) صح ايضا (القدر المسمى) واحدا كان او اكثر (اذا بيع صبرة كل قفيز او قفيزين) مثلا (بكذا) يعني اذا قال بعتك هذه الصبرة كل قفيز او قفيزين او ثلاثة بكذا فالبيع جائز في القدر المسمى في عدد القفزان عند ابي حنيفة لا الباقي الا اذا زالت الجهالة بعلم جميع القفزان بتسميتها او بالكيل في المجلس قبل الافتراق وقالا يجوز مطلقا (لا صبرتان) اي لا يصح البيع عند ابي حنيفة في القدر المسمى اذا بيع صبرتان (من جنسين) كصبرتي بر وشعير كل قفيز او قفيزين بكذا حيث لم يصح البيع عنده في قفيز واحد لتفاوت الصبرتين وعندهما يصح فيهما ايضا وذكر في المحيط والايضاح ان العقد يصح على قفيز واحد منهما (ولا) اي لا يصح ايضا البيع عنده في القدر المسمى اذا بيع (متفاوت كالثلة) وهي قطيع غنم كل شاة او شاتين بكذا (والعدل) المشتمل على الاثواب المتفاوتة كل ثوب او ثوبين بكذا لان التفاوت في ابعاضها يقتضي الجهالة المؤدية الى النزاع بخلاف الصبرة (وان سمى الجملتين) اي جملتي المبيع والثمن بان قال بعت هذه الثلة وهي مائة بالف درهم او بعت هذا العدل وهو عشرة اثواب بمائة (بلا تفصيل) اي لا يقول كل شاة بكذا او كل ثوب بكذا (صح) البيع (في الكل) اجماعا (متفاوتا او لا) لمعلومية المبيع والثمن (فان باعها) هذا تفصيل لقوله وان سمى الجملتين بلا تفصيل يعني بعد ما سمى الجملتين ولم يفصلهما فان باع الصبرة (على انها مائة) اي مائة قفيز (بمائة) صح البيع ولا يتفاوت الحكم ههنا بين ان يسمى لكل قفيز ثمنا بان يقول كل قفيز بدرهم وبين ان لا يسمى لعدم التفاوت بخلاف العدديات المتفاوتة كما سيأتي (وهي) اي الصبرة (اقل) من المائة (اخذه) اي المشتري الاقل (بحصته) من الثمن (او فسخ) العقد يعني انه مخير بين الامرين لتفرق الصفقة عليه فلم يتم رضاه بالموجود (او) هي (اكثر) من المائة (فالزائد) على المائة (للبائع) والمائة للمشتري لان البيع وقع على مقدار معين وقد وجد فصح العقد والقدر ليس بوصف حتى يدخل في البيع كما في الثوب فيكون للبائع (وان باع

(قوله فالثمن المقبوض لا يتعين في رواية وهو الاصح) اقول وفي البرهان فلو فسد الصرف بالافتراق قبل قبض احد البدلين يتعين المقبوض للرد في اظهر الروايتين بناء على ان قبض البدلين قبل الافتراق شرط لصحة العقد وقبل هو شرط لبقائه على الصحة فلا يتعين رده (قوله بخلاف ما اذا باع بجنسه مجازفة فانه لا يصح) يعني الا ان يكون مادون نصف صاع فيجوز كحفنة بحفنتين (قوله وعن ابي يوسف ان الجواز الخ) اقول ظاهره انه ليس بمعتمد مع انه قيد معتبر قيد به الزيلعي حيث قال وهذا اذا كان الاناء لا ينكبس بالكبس ولا ينقبض ولا ينبسط كالقصعة والخزف واما اذا كان ينكبس كالزنبيل والقفة فلا يجوز الا في قرب الماء استحسانا لتعامل الناس فيه وروي ذلك عن ابي يوسف اه (قوله وقالا يجوز مطلقا) قال في البرهان وبه يفتى وذكر وجهه (قوله لا صبرتان) اقول الوجه لا صبرتين (قوله وان سمى الجملتين بلا تفصيل صح في الكل) اقول وكذا لو بين احدى الجملتين لما في شرح المجمع قيدنا موضع الخلاف بقيد لانه لو بين جملة الذرعان ولم يبين جملة الثمن كما اذا قال بعت هذا الثوب وهو عشرة اذرع كل ذراع بدرهم او بين جملة الثمن ولم يبين جملة الذرعان كما اذا قال بعت هذا الثوب بعشرة دراهم كل ذراع بدرهم فالبيع جائز اتفاقا لانه ببيان جملة الذرعان صار الثمن معلوما وببيان جملة الثمن صار جملة الذرعان معلومة كذا في الجامع الصغير لقاضيخان اه

المذروع هكذا) اى سمى الجملتين ولم يقل كل ذراع اوذراعين بكذا صح البيع فان
وجده المشترى تاما اخذه بكل الثمن بلا خيار وان وجده اقل خير ان شاء (اخذ الاقل
بالكل) اى بكل الثمن (او ترك) لان الذرع وصف فى الثوب لا بمعنى كونه صفة عرضية له
بل هو اصطلاح الفقهاء لما يكون تابعا للشئ غير منفصل عنه اذا حصل فيه يزيده حسنا
وان كان فى نفسه جوهرا كذراع من ثوب او بناء من دار كما سبق فى الايمان فان باع ثوبا
هو عشرة اذرع و يساوى عشرة دراهم اذا انتقص منه ذراع لا يساوى تسعة بخلاف
المكيلات والعدديات فان بعضا منها يسمى قفزا واصلا ولا يفيد انضمامه الى بعض آخر
كالا مجموع فان حنطة هى عشرة اقفزة اذا ساوت عشرة دراهم كانت التسعة منها
تساوى تسعة وقد اختلفوا فى تفسير الوصف والاصل والكل راجع الى ماذكرنا
والوصف بهذا المعنى لا يقابله شئ من الثمن كاطراف الحيوان الا اذا كان مقصودا بالتناول
كما سيأتى (واخذ) اى المشترى (الاكثر بلا خيار للبائع) لانه وصف فكان كما اذا باعه معيبا
فاذا هو سليم (وان باع المتفاوت هكذا) اى سمى الجملتين ولم يفصل (صح) البيع
(فى الكل) حتى اذا تساوى المبيع والثمن لزم البيع لمعلومية كل منهما (لا الاقل والاكثر)
قال فى غاية البيان نقلا عن الايضاح اذا قال بعتك هذا القطيع على انه خمسون رأسا او هذا
العدل على انه خمسون ثوبا بكذا فالبيع جائز لان جملة المبيع والثمن صار معلوما بالتسمية
فاذا وجد المبيع زائدا او ناقصا فالبيع فاسد لان الزيادة لم يقع عليها العقد فيصير كأنه باع
ثوبا من احد وخمسين وهذا فاسد لانه مجهول متفاوت وان كان ناقصا فيحتاج الى ان
يحط حصة الثوب الناقص وهى مجهولة فيفسد ايضا وهكذا فى سائر ما يختلف قيمته
(وان زاد) اى فى بيع المذروع بعد ذكر الجملتين (كل ذراع بدرهم) لم يتعرض لذكر
الصبرة لما ذكر ان الحكم لا يختلف هناك بين ذكر هذا القيد وبين تركه لعدم التفاوت
(صح فى الكل) لما ذكرنا (فان وجده اقل او اكثر اخذ الاقل بالاقل او ترك) فى
الصورة الاولى لان الوصف وان كان تابعا لا يقابله شئ من الثمن صار ههنا اصلا بافراده
بذكر الثمن فانهم قالوا الوصف يقابله شئ من الثمن اذا كان مقصودا بالتناول حقيقة كما
اذا قطع البائع يد العبد المبيع قبل القبض يسقط نصف الثمن او حكما لحق البائع كما اذا حدث
عيب عند المشترى او لحق الشارع كما اذا خاط المشترى الثوب المبيع ثم اطلع على عيب
يكون للوصف قسط من الثمن فاذا صار اصلا ووجده ناقصا ثبت الخيار ان شاء
اخذه بحصته وان شاء ترك لتفرق الصفقة عليه اولفوت الوصف المرغوب فيه
(و) فى الصورة الثانية اخذ (الاكثر بالاكثر او فسخ) لانه ان حصل له الزيادة فى
المبيع لزمه زيادة الثمن لما ذكر فكان نفعا يشوبه ضرر فيتخير فلو اخذه بالاقل
لم يكن عاملا بمقتضى اللفظ وانما قال فى الاولى او ترك وقال ههنا او فسخ لان المبيع
لما كان ناقصا فى الاولى لم يوجد المبيع فلم ينعقد البيع حقيقة وكان اخذ الاقل
بالاقل كالبيع بالتعاطى وفى الثانية وجد المبيع مع زيادة هى تابعة فى الحقيقة
فتدبر (وان وجده) اى المذروع (عشرة ونصفا او تسعة ونصفا اخذه فى الاول

(قوله فى الصورة الاولى) هى ما اذا وجده اقل (قوله وفى الصورة الثانية) هى ما اذا وجده اكثر

بعشرة بلا خيار وفى الثانية بتسعة به) اى بالخيار وقال ابو يوسف فى الاول يأخذ باحد
عشر بالخيار وفى الثانى بعشرة به وقال محمد فى الاول يأخذه بعشرة ونصف بالخيار وفى
الثانى بتسعة ونصف به لان من ضرورة مقابلة الذراع بالدرهم مقابلة نصفه بنصفه فيجرى
عليه حكمها ولابى يوسف انه لما افرد كل ذراع ببدل نزل كل ذراع منزلة ثوب وقد
انتقص وله ان الذراع وصف فى الاصل وانما اخذ حكم المقدار بالشرط وهو مقيد
بالذراع فاذا عدم عاد الحكم الى الاصل وقيل فى الكرباس الذى لا يتفاوت جوانبه لا
يطيب للمشترى ما زاد على المشروط لانه حينئذ كالموزون حيث لا يضره الفصل فيجوز
بيع ذراع منه (وان ذاده) اى المقيد المذكور (فى بيع المتفاوت صح فى الاقل بقدره
وخير) لانه لما بين لكل منها ثمنا كان كل منها مبيعا فصح فى العدد الموجود لكنه خير
لتفرق الصفقة عليه (وفسد فى الاكثر) لانه اذا كان زائدا تبقى الجهالة فى المردود
المتفاوت فيؤدى الى النزاع (صح بيع عشرة اسهم من مائة سهم من دار) اجماعا (لا عشرة
اذرع من مائة ذراع منها) عند ابى حنيفة وعندهما جاز ذكره فى غاية البيان نقلا عن الصدر
الشهيد والامام العتابى ان قولهما بجواز البيع اذا كانت الدار مائة ذراع ويفهم هذا من
تعليلهما ايضا حيث قالا لان عشرة اذرع من مائة ذراع عشر الدار فاشبه عشرة اسهم
من مائة سهم وله ان البيع وقع على قدر معين من الدار الا على شائع لان الذراع فى الاصل
اسم لخشبة يذرع بها واستعير ههنا لما يحله وهو معين لا مشاع لان المشاع لا يتصور
ان يذرع فاذا اريد به ما يحله وهو معين لكنه مجهول الموضع بطل العقد (ولا ثوبين على
انهما هرويان فاذا احدهما مروى) بسكون الراء (وان بين ثمن كل) لانه جعل القبول
فى المروى شرط جواز العقد فى الهروى واشتراط قبول المعدوم فى العقد يفسده

فصل

اعلم ان ههنا اصولا الاول ان كل ما هو متناول اسم المبيع عرفا يدخل فى البيع
وان لم يذكر صريحا والثانى ان كل ما كان متصلا بالمبيع اتصال قرار كان تابعا له
داخلا فى المبيع وما لا فلا قالوا ان ما وضع لان يفصله البشر بالآخرة ليس باتصال قرار
وما وضع لا لان يفصله فهو اتصال قرار والثالث ان ما لا يكون من القسمين ان كان من
حقوق المبيع ومرافقه يدخل فى البيع بذكرها والا فلا اذا تقرر هذا فنقول (لا يدخل
العلو بشراء بيت بكل حق له ونحوه) اى بمرافقه وبكل قليل وكثير هو فيه او منه لان
البيت اسم لما يبات فيه والعلو مثله والشئ لا يستتبع مثله فلا يدخل فيه الا بالتنصيص
عليه (ولا) يدخل العلو ايضا بشراء (منزل الا به) اى بالقيد المذكور لان المنزل اسم بين
الدار والبيت اذ يتأتى فيه مرافق السكنى بنوع قصور بانتفاء منزل الدواب فيه فلشبهه
بالدار يدخل العلو فيه تبعا عند ذكر الحقوق ولشبهه بالبيت لا يدخل فيه بدونه (ويدخل
هو) اى العلو (والبناء ومفتاح غلق متصل) بباب الدار بخلاف المنفصل وهو القفل فانه
ومفتاحه لا يدخلان بهذا القيد (والكنيف بشراء دار بحدودها بدونه) اى بدون
ذكر ذلك القيد اما العلو فلان الدار اسم لما دار عليه الحدود والعلو منها وكذا

(قوله وله) يعنى به الامام وهو
اصل المسئلة (قوله فى بيع المتفاو
يعنى كما اذا باع عدلا

(فصل)

(قوله والبناء ومفتاح غلق ء
والكنيف بشراء دار الخ) اقول
ينبغى بشراء بيت ومنزل ولم اقف
نقل فيهما ثم رأيت فى التارخانية
يدخل فى شراء البيت ولما كانت
اسما للعرصة فيتوهم عدم دخول
نص عليه لان البناء وصف ذاتى
فدخل ذلك ضرورة واما ا
والمنزل فحقيقتهما لا تكون الا
فلا احتياج لذكره والنص على د

البناء واما المفتاح فلان الغلق المتصل جزء منها والمفتاح يدخل في بيع الغلق بلا تسمية لانه كالجزء منه اذ لا ينتفع به الا به والقفل ومفتاحه لا يدخلان والسلم المتصل بالبناء يدخل ولو من خشب لا غير المتصل والسرير كالسلم كذا في الكافي (لا) اى لا يدخل في بيع الدار (الظلة والطريق والشرب والمسيل الا به) اما الظلة فلانها مبنية على هواء الطريق فأخذت حكمه واما الطريق والشرب والمسيل فلانها خارجة عن الحدود ولكنها من الحقوق فتدخل بذكرها وتدخل في الاجارة بلا ذكرها لانها تعقد للانتفاع ولا يحصل الا به بخلاف البيع لانه قد يكون للتجارة (ويدخل الشجر) وان لم يسمه (لا الزرع) لا بالتسمية (بشراء الارض) لان الشجر متصل بها للقرار فاشبه البناء والزرع متصل به للفصل فاشبه متاعا فيها (ولا الثمر بشراء شجرة) لان الاتصال وان كان خلقيا فهو للقطع لا للبقاء فصار كالزرع (الا بكل ما فيها او منها) لانه حينئذ يكون من المبيع (لا بحقوقها) لانه ليس منها (لا يصح بيع الزرع قبل صيرورته بقلا) لانه ليس بمنتفع به وتابع للارض فيكون كالوصف فلا يجوز ايراد العقد عليه بانفراده وان باع على ان يتركه الى ان يدرك لم يجز وكذا الرطبة والبقول (وبعدها يصح ان شرط تخلية المشترى) اى تخلية ارض البقل بان يقطعه او يرسل عليه دابته فتأكل فحينئذ يصح لان الشرط مقتضى العقد فلا يفسده (ويجوز بيع حصته من شريكه) لوجود المقتضى وعدم المانع لانه بالنظر اليه كالاصل لاختلاط ملكهما (مطلقا) اى سواء بلغ اوان الحصاد اولا (ومن غيره بغير اذنه ان لم يفسخ الى الحصاد) لانه حينئذ ينقلب الى الجواز كما اذا باع الجذع في السقف ولم يفسخ البيع حتى اخرجه وسلمه ولو كان الارض والزرع مشتركا فباع نصف الارض مع نصف الزرع من شريكه او اجنبى بغير رضا شريكه جاز وقام المشترى مقام البائع ثم بيع نصف الزرع بدون الارض انما لا يجوز في موضع كان لصاحب الزرع حق القرار فيه بان زرع في ملك نفسه اما اذا كان متعديا في الزراعة كالغاصب فجاز بيع النصف كذا في الخلاصة (كذا منفرد باع كله) اى جاز بيعه ايضا ان لم يفسخ الى الحصاد اذ حينئذ يرتفع الفساد (باع سمكة فيها درة لم تدخل في البيع) يعني اصطاد سمكة في بطنها درة فلك السمكة والدرة لثبوت اليد عليهما فلو باع السمكة لم تدخل الدرة في البيع لانها ليست من اجزائها كذا في الهداية والكافي في باب الركاز (صح بيع البر في سنبله والباقلا) بتشديد اللام والقصر واذا قلت الباقلاء بالمد خففت اللام كذا في الصحاح (والارز والسمسم في قشرها الاول) وكذا الجوز واللوز والفستق وقال الشافعي لا يجوز ذلك كله وله في بيع السنبلة قولان وعندنا يجوز بيع ذلك كله له ان المعقود عليه مستور بما لا منفعة له فأشبه تراب الصاغة اذا بيع بجنسه ولنا ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه نهى عن بيع النخل حتى يزهى وعن بيع السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة وحكم ما بعد الغاية خلاف حكم ما قبلها قال في العناية وفيه نظر لانه استدلال بمفهوم الغاية والاولى ان يستدل بقوله نهى فان النهى يقتضى المشروعية اقول فيه بحث لان المشروعية التي يقتضيها النهى عن الافعال الشرعية هي مشروعية الاصل مع عدم

(قوله لا غير المتصل الخ) كذا قال الزيلعي ثم قال وهذا في عرفهم وفي عرف اهل مصر ينبغي ان يدخل السلم وان كان منفصلا (قوله لا اى لا يدخل في بيع الدار الظلة الى قوله الا به) اقول وكذا ظلة الحانوت ان لم يذكر المرافق لا تدخل كما في الخانية (قوله ويدخل الشجر) اقول ولو غير مثمر او صغيرا فانهما يدخلان على الاصح كما في البرهان وما كان مغيبا في الارض من الكرات يدخل في البيع المطلق على الصحيح لانه يبقى سنين بمنزلة الشجر لا ما كان ظاهرا كما في قاضيخان (قوله ولا الثمر) اقول وان لم يكن له قيمة في الصحيح ويكون للبائع كما في البرهان والورد وورق التوت والآس ونحوها كالثمار كما في شرح المجمع (قوله وبعدها يصح) يعني بعد صيرورته بقلا (قوله كذا منفرد باع كله اى جاز بيعه ايضا ان لم يفسخ الى الحصاد الخ) اقول يخالف هذا ما قدمه من صحة بيع الزرع اذا صار بقلا (قوله صح بيع البر في سنبله الخ) اقول وهذا بخلاف حب القطن وبزر البطيخ ونوى تمر بعينه لعدم صحة اطلاق اسم ذلك المبيع على ما يتصل به من التمر والبطيخ والقطن لا يقال هذا بزر بطيخ وكذا الباقي فلا يصح البيع اما الحنطة وان كانت في سنبلها يصح ان يقال هذه حنطة وكذلك سائر الحبوب في سنابلها يقال هذه ذرة وهذا ارز ويلزم البائع تخليصه من سنبله بدياسة وتذرية في المختار كما في البرهان

مشروعية الوصف وهو عين الفساد فالدليل يفيد خلاف المدعى لان المدعى صحة البيع والدليل يفيد فساده بل الصواب ان يقال ان الاستدلال به مبني على ما قال صاحب المجمع في البدائع ان الغاية عندنا من قبيل الاشارة لا المفهوم او على ما قال صاحب التلويح في بحث المعارضة والترجيح ان مفهوم الغاية متفق عليه (و) صح بيع (ثمرة وان لم يبد صلاحها) لانها مال متقوم حالا او مآلا (ولزم) على المشتري (قطعها) اذا اشتراها مطلقا او بشرط القطع (وشرط ابقائها) على الشجر حال البيع (يفسده) لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه نفع للمشتري (وجده) اي الثمن (زيوفا ليس له استرداد السلعة وحبسها به) اي بالثمن يعني اذا باع سلعة بثمن فله حق حبسها حتى يستوفي ثمنها فان سلمها الى المشتري بطل حقه في الحبس وليس له استرجاع السلعة وانما له المطالبة بالثمن فلو قبض الثمن وسلم المبيع ثم وجد الثمن زيوفا لم يكن له استرجاع السلعة وانما له المطالبة بحقه قال زفر له ذلك (قبض زيوفا بدل الجياد) يعني كان له على آخر دراهم جياد فاستوفى زيوفا على ظن انها جياد فاتلفها (ثم علم) انها زيوف (ان كانت قائمة ردها ويسترد الجياد والا) اي وان لم تكن قائمة سواء كانت هالكة او مستهلكة (فلا) اي لا يرد ولا يسترد وقال ابو يوسف يرد مثل الزيوف ويرجع بالجياد لان الرجوع بالنقصان باطل لاستلزامه الربا ولا وجه لابطال حقه في الجودة لعدم رضاه فكان النظر فيما عيناه ولهما ان قضاء الدين حصل بقبض جنس حقه وبعد العلم حقه في فسخ ذلك القضاء وهو ممتنع لهلاك ما به حصل القضاء انما قال زيوفا لانها لو كانت رصاصا او ستوقة ترد اتفاقا وانما قال ثم علم لانه لو علم عند القبض انها ستوقة سقط حقه (اشترى شيأ وقبضه ومات مفلسا قبل نقد ثمنه فالبائع اسوة الغرماء) يعني اشترى شيأ وقبضه ولم ينقد الثمن حتى مات مفلسا فالبائع اسوة الغرماء يقتسمونه ولا يكون البائع احق به وعند الشافعي هو احق به وانما قال قبضه اذ لو لم يقبضه فالبائع احق به اتفاقا

باب خيار الشرط والتعيين

اعلم ان البيع تارة يكون لازما واخرى غير لازم واللازم ما لا خيار فيه بعد وجود شرائطه وغير اللازم ما فيه الخيار ولكون اللازم اقوى قدمه ثم ذكر خيار الشرط والتعيين واراد بالاول ان يكون العاقد مخيرا بين قبول اصل العقد ورده واراد بالثاني ان يشتري احد الشيئين او الثلاثة على ان يعين اياما شاء وقدمهما على باقي الخيارات لانهما يمنعان ابتداء الحكم ثم ذكر خيار الرؤية لانه يمنع تمام الحكم واخر خيار العيب لانه يمنع لزوم الحكم وخيار الشرط انواع فاسد وفاقا كما اذا قال اشتريت على اني بالخيار او على اني بالخيار اياما او على اني بالخيار ابدا وجائز وفاقا وهو ان يقول على اني بالخيار ثلاثة ايام فما دونها ومختلف فيه وهو ان يقول على اني بالخيار شهرا او شهرين فانه فاسد عند ابي حنيفة وزفر والشافعي وجائز عند ابي يوسف ومحمد (جاز) اي خيار الشرط (للمتبايعين) اي لكل منهما (معا) فلا يوجد البيع

باب خيار الشرط والتعيين

(قوله واراد بالاول ان يكون العاقد مخيرا بين قبول العقد ورده) اقول وهو موضوع للفسخ عندنا لا الاجازة فاذا فات الفسخ لزم العقد وقال الامام مالك رحمه الله تعالى للاجازة فاذا مضت المدة فاتت الاجازة فينفسخ العقد كما في البرهان (قوله وقدمهما على باقي الخيارات لانهما يمنعان ابتداء الحكم) اقول هذا مسلم في خيار الشرط اما خيار التعيين فمنع الحكم ابتداء فيه فيه نظر اذ احد ما فيه التعيين غير ممنوع الحكم فانه انه مخير في بيان ذلك بناء على القول بانه لا يشترط في هذا العقد خيار الشرط كما ذكره في الجامع الكبير وقال فخر الاسلام هو الصحيح اما على القول بلزوم خيار الشرط فيه هو في الجامع الصغير وقال شمس الائمة هو الصحيح فسلم ايضا فتأمل (قوله فاسد اتفاقا كما اذا قال اشتريت على اني بالخيار) اقول يخالف هذا ما في الخانية رجل اشترى شيأ فقبضه ثم قال له البائع بعد ايام انت بالخيار فله الخيار ما دام المجلس ويكون هذا بمنزلة قوله لك اقالة هذا البيع اه ثم قال اشترى شيأ وشرط الخيار لنفسه ولم يوقت كان له ان يفسخ البيع (قوله او على اني بالخيار ايام) اقول مقتضى قولهم لو حلف لا يكلم اياما يكون على ثلاثة ان يصح ويصرف اليها تصحيحا لكلام العاقل وصرفا عن الثالثة والا فما الفرق بينهما (قوله يوجد البيع ما لم يرضيا) اقول لو قال يلزم البيع ما لم يرضيا لكان اولى فتأ

مالم يرضيا (ولاحدهما ولغيرهما) كماسيأتى (الى ثلاثة ايام) اى الى آخرها لقوله صلى الله عليه وسلم لحبان بن منقذ اذا بايعت فقل لاخلابة ولى الخيار ثلاثة ايام ووجه الاستدلال ان شرط الخيار مخالف لمقتضى العقد وهو اللزوم فيكون مفسداله لكنه جوز بهذا النص الدال على الخيار فى البيع والشراء بلفظ بايعت على خلاف القياس فيقتصر على المدة المذكورة فيه (لا اكثر) وقالا يجوز اذا سمى مدة معلومة (وان اجاز) اى من له الخيار بعد العقد الى اكثر من ثلاثة ايام (فيها) اى فى ثلاثة ايام (جاز) البيع لزوال المفسد قبل تقرره (ان شرى) لم يذكره بالفاء كما ذكر فى الوقاية اشارة الى انه ليس من صور خيار الشرط حقيقة ليتفرع عليه بل اورده عقيبه لانه فى حكمه معنى (على انه لم ينقد الثمن الى ثلاثة ايام فلا بيع صح والى اكثر لا الا ان ينقده فى الثلاثة) قالوا الان هذا فى معنى اشتراط الخيار اذ الحاجة مست الى الانفساخ عند عدم النقد تحرزا عن المماطلة فى الفسخ فيكون ملحقا به اقول يرد على ظاهره انك قد عرفت ان النص الوارد فى شرط الخيار مخالف للقياس وقد تقرر فى كتب الاصول ان ما ثبت على خلاف القياس فغيره عليه لا يقاس ودفعه ان المقرر فى كتب الاصول عدم جواز القياس الجلى على ماثبت بخلاف القياس الخفى اذ قد تقرر فيها ايضا جواز الحاق حكم ثبت على خلاف القياس بغيره بطريق دلالة النص وبطريق الاستحسان الذى هو القياس الخفى وكل منهما محتمل ههنا كما لا يخفى على الناظر المتأمل (ولا يخرج المبيع بخيار البائع عن ملكه لان تمام هذا السبب بالمراضاة ولا يتم مع الخيار ولهذا لو اعتقه البائع نفذ ولا يملك المشترى التصرف فيه وان قبضه باذن البائع (فان قبضه المشترى فهلك) فى يده فى مدة الخيار (ضمن قيمته) لانفساخ البيع بالهلاك لانه كان موقوفا ولا نفاذ بدون المحل فبقى مقبوضا فى يده على سوم الشراء وفيه القيمة ولو هلك فى يد البائع هلك عليه وانفسخ البيع ولا شئ على المشترى كما فى البيع المطلق (ويخرج) المبيع عن ملك البائع (بخيار المشترى) يعنى اذا كان الخيار للمشترى فقط يخرج المبيع عن ملك البائع للزوم البيع فى جانبه بانتفاء الخيار (فان هلك) المبيع (عنده) اى المشترى (ضمن الثمن) فان الهلاك لا يخلو عن مقدمة عيب وسيأتى انه اذا دخله عيب يمتنع الرد واذا امتنع لزم العقد ثم فيلزم الثمن المسمى بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع لان الخيار اذا كان له يهلك والبيع موقوف كما مر فيلزم القيمة (ولا يملكه) اى لا يملك المشترى المبيع ولا يملكه لانه خرج عن ملك البائع فلو لم يدخل فى ملك المشترى كان ملكا بلا مالك ولا نظير له فى الشرع وله ان الثمن لم يخرج عن ملكه فلو دخل المبيع فى ملكه لاجتمع البدلان فى ملك شخص واحد حكما بالمعاوضة ولا نظير له فى الشرع ورجح هذا بان الخيار انما شرع نظرا للمشترى ليتروى فيقف على المصلحة فلو دخل فى ملكه ربما كان عليه لا له بان كان المبيع قريبه فيعتق عليه (وله) اى لعدم تملك المشترى المبيع (فروع الاول لو اشترى زوجته بقى النكاح) لعدم ملك اليمين المزيل له (الثانى ان وطئها) اى وطئ المشترى بالخيار زوجته (جاز له ردها) لان وطئه

(بالنكاح)

(قوله وان اجاز فيها جاز البيع لزوال المفسد قبل تقرره) اقول هذا عند اهل العراق من اصحابنا فان عندهم ينعقد فاسدا ابتداء اذ الظاهر دوام الشرط وعند شمس الائمة وفخر الاسلام والخراسانيين ينعقد موقوفا وبالاسقاط قبل الرابع ينعقد صحيحا وهذا اوجه كما فى البرهان وذكروجهه (قوله ولا يخرج المبيع بخيار البائع ويخرج بخيار المشترى الخ) اقول هذا الحكم فيما اذا انفرد احدهما بالخيار واما لو كان الخيار لهما جميعا فلا يثبت حكم العقد اصلا كما فى الخانية ثم قال ولو كان البيع بشرط الخيار لهما فات احدهما لزم البيع من جانبه والآخر على خياره اه

بالنكاح لايملك لعين فيمتنع الرد (الا في البكر) لانه تعييب وسيأتي انه يبطل الرد (الثالث ان اشترى قريبه لايعتق عليه في المدة) لعدم الملك فيها والعتق مرتب عليه (الرابع كذا) اى لايعتق ايضا (من شراه قائل ان ملكت عبدا فهو حر) لعدم وقوع الشرط (الخامس حيضها في المدة لايعد من الاستبراء) لانه انما يجب بعد ثبوت الملك ولم يثبت (السادس ان ردت الامة المشتراة به) اى بالخيار (على البائع فلا استبراء عليه) اذ لم يملكها المشترى ليتجدد الملك فيجب الاستبراء (السابع من ولدت في المدة بالنكاح لم تصر ام ولد) يعني ان اشترى زوجته بالخيار فولدت في ايام الخيار في يد البائع لاتصير ام ولد للمشترى فيملك الرد وانما قلنا في يد البائع لانها لو ولدت في يد المشترى لزم البيع وبطل الخيار لان الولادة عيب (الثامن انه) اى المبيع بالخيار (يهلك على البائع ان قبضه المشترى باذنه واودعه عنده) اى عند البائع لارتفاع القبض بالرد لعدم الملك (التاسع بقي خيار مأذون شرى وابرأه بائعه عن ثمنه في المدة) اى ان اشترى عبد مأذون شيئا بالخيار وابرأه بائعه عن ثمنه في مدة الخيار بقي خياره لانه لما لم يملكه كان رده في المدة امتناعا عن التملك وللمأذون لاية ذلك فانه اذا وهب له شيء فله ولاية ان لايقبله (العاشر يبطل شراء ذمي من ذمي خمرا لخيار ان اسلم) لئلا يتملكها مسلما باسقاط خياره (ومن له الخيار سواء كان بائعا او مشتريا او اجنبيا فله ان يفسخ وله ان يجيز فاذا اراد الاجازة (يجيز بلا علم صاحبه ولا ينقض بدونه) اى بدون علمه ولو كان غائبا وقال ابو يوسف والشافعي له النقض ايضا بدونه كالاجازة ولانه مسلط عليه من قبله ولهذا لايشترط رضاه كالوكيل بالبيع فان له ان يتصرف فيما وكل به بلا علم الموكل لانه مسلط من قبله ولهما انه تصرف في حق الغير بالرفع ولا يعرى عن الضرر لان الخيار ان كان للبائع جاز ان يعتمد المشترى تمام العقد فيتصرف فيه فيلزمه غرامة القيمة بهلاك المبيع وان كان للمشترى جاز ان لايطلب البائع لسلعته مشتريا وهذا نوع ضرر فيتوقف على علمه كعزل الوكيل بخلاف الاجازة اذ لا الزام فيها مع انه موافق له فيها ولا نسلم انه مسلط عليه من قبله كيف وهو بنفسه لايملك النقض وانما ينقض لكون العقد غير لازم وعورض بان ماذكرتم من الزام الضرر وان دل على اشتراط العلم ولكن عندنا ماينفيه وهو انه ان لم ينفرد بالنقض لربما اختفى من ليس له الخيار الى مضى المدة فيلزم البيع اجيب بانه ضرر مرضى به منه حيث ترك الاستيثاق باخذ الكفيل مخافة الغيبة (وان نقض العقد) من له الخيار (فلو علمه) اى علم الآخر النقض (في المدة انتقض) العقد لحصول العلم به (والا) اى وان لم يعلم به في المدة بل بعدها (تم العقد) لمضى المدة قبل الفسخ (ولا يورث هذا) اى خيار الشرط بمعنى ان العقد لاينفسخ بفسخ الوارث كما كان ينفسخ بفسخ المورث حال حياته فاذا كان الخيار للبائع ومات ملك المشترى المبيع ولا ينازعه وارث البائع واذا كان للمشترى ومات ملك وارث المشترى بلا خيار فان قيل كيف يملكه الوارث والمورث لم يكن مالكا قلت العقد الموجب للملك كان موجودا في حقه ولكن الخيار كان مانعا

(قوله الا في البكر) يعني اذا كانت عذر فازال عذرتها (قوله ولا ينقض بدونها بدون علمه) اقول هذا اذا نقض بالقول (قوله وقال ابو يوسف والشافعي له النقض ايضا بدونه) اقول محل الاختلاف في النقض بالقول اما النقض بالفعل كالبيع والعتق وتوابعه والوطء ودواعيه بشهوة ضمني فلا خلاف في جوازه مع غيبة الآخر كما في السراج والبرهان (قوله ولانه مسلط عليه من قبله) الواو تقتضي معطوفا عليه وليس وفي بعض النسخ تثبت وهي سالمة من الاعتراض فتأمل

فاذا بطل الخيار فى حق الوارث ظهر اثر الموجب للملك فتدبر وقال الشافعى يورث عنه
لانه حق من حقوق البيع كخيار العيب والتعيين واجمعوا انه لومات من عليه الخيار
وهو من لاخيار له يبقى الخيار ولنا ان الارث فيما يقبل الانتقال والخيار ليس الامشيئة
وارادة ولاارث فى خيار العيب والتعيين لماسيأتى (ولا) يورث ايضا (خيار الرؤية)
لانه ايضا ليس الامشيئة وارادة حتى ان المشترى لومات قبل الرؤية فليس لورثته الرد
بعدها كما كان له (و) لاخيار (التعيين) لماذكر بل ثبت للوارث ابتداء لاختلاط ملكه
بملك الغير واذا بطل الخيار لزم البيع وتم (و) لاخيار (العيب) بل المورث استحق
المبيع سالما فكذا الوارث لقيامه مقامه ولهذا ثبت له الخيار فيما تعيب فى يد البائع بعد موت
المورث وان لم يثبت للمورث (شرطه) اى الخيار (احدهما) يعنى ان احد العاقدين اذا
شرط الخيار (لغيرهما) جاز (فاى) من العاقدين والغير (اجاز اونقض صح) استحسانا
والقياس ان لايصح وهو قول زفر لان الخيار من احكام العقد فلايصح اشتراطه للغير
كالثمن وجه الاستحسان ان الخيار لغير العاقد يثبت بالنيابة عنه فيقدم الخيار للعاقد اقتضاء
فيجعل هو نائباعنه تصحيحا لتصرفه فيكون لكل منهما الخيار (وفى اجازة احدهما) من
الاصيل والنائب (ونقض الآخر الاول اولى) لوجوده فى زمان لايزاحمه غيره فيه
(وفى المعية) اى ان خرج الكلامان منهما معا يعتبر تصرف العاقد فى رواية لان النائب
يستفيد التصرف منه وتصرف الناقض فى اخرى لان المجاز يلحقه النقض والمنقوض
لايلحقه الاجازة فاذا اجتمعا كان (النقض) اولى كنكاح الحرة مع نكاح الامة اذا اجتمعا
كان نكاح الحرة اولى لانه يرد على نكاح الامة بلاعكس ولان الاحتياط فيه اذ الفسخ
يوجب الحرمة على المشترى والاجازة توجب الاباحة والمحرم راجح على المبيح (باع
عبدين بالخيار فى احدهما ان فصل) اى الثمن (وعين) اى محل الخيار (صح) اى العقد
(والا فلا) وهذا على اربعة اوجه احدها ان لايفصل الثمن ولايعين مافيه الخيار وهو
فاسد لجهالة المبيع والثمن لان مافيه الخيار كالخارج عن العقد لانه مع الخيار لاينعقد
فى حق الحكم فبقى الداخل فيه احدهما وهو مجهول وثانيها ان يفصل الثمن ويعين
مافيه الخيار وهو جائز لكون المبيع والثمن معلومين وقبول العقد فيما فيه الخيار وان
كان شرطا لانعقاد العقد فى الآخر لكنه غير مفسد لكونه محلا للبيع كالجمع بين
قن ومدبر والثالث ان يفصل ولايعين والرابع عكسه وهو فاسد فيهما لجهالة المبيع
اوالثمن وان اشترى كيليا اووزنيا اوعبدا واحدا على انه بالخيار فى نصفه صح فصل
الثمن اولا لان النصف من الشئ الواحد لايتفاوت فقيمته ايضا لاتتفاوت فاذا
كان ثمن الكل معلوما كان ثمن النصف ايضا معلوما فالمبيع معلوما اذ الشيوع
لايمنع الجواز كذا فى الكافى (وصح التعيين فيما دون الاربعة) وهذا خيار
التعيين يعنى اشترى ثوبين على ان يأخذ ايهما شاء بعشرة جاز وكذا الثلاثة
استحسانا وان كانت اربعة فسد وهو القياس فى الكل لجهالة المبيع وهو قول زفر
والشافعى وجه الاستحسان انه فى معنى شرط الخيار اذ الجواز ثمة للحاجة الى التأمل

(قوله ولاخيار التعيين ولاخيار العيب)
اقول نفى الارث فى هذين الخيارين فيه
نظر لمخالفته كلامهم من ان الارث جار
فى خيار التعيين والعيب فتأمل (قوله
وشرطه احدهما لغيرهما جاز) اقول
ولايتقيد باحدهما بل لكل منهما ان
يشرطه لغيره (قوله فاذا اجتمعا كان
النقض اولى) اقول هذا على الاصح
وهو رواية كتاب المؤذون كما فى البرهان
(قوله كذا فى الكافى) اقول وفى التبيين
مع زيادة ولافرق بين ان يكون الخيار
للبائع اوللمشترى (قوله يعنى اشترى
ثوبين على ان يأخذ ايهما شاء) ظاهره
ان الشراء وقع فى الجميع ابتداء وقال
الزيلعى وهو ان يبيع احد العبدين او
الثوبين على ان يأخذ ايهما شاء اه
وقال فى البرهان او اشترى ثوبا من ثوبين
او من ثلاثة على ان يعين ايا شاء اه
فهذا مخالف لما صور به المسئلة والصواب
ماصوره الزيلعى والبرهان لان
المنصوص عليه ان احدهما مضمون
عليه بالثمن والآخر امانة فى يده لقبضه باذن
مالكه لاعلى سوم الشراء اه وهذا لايأتى
الا فيما اذا اشترى احدهما فليتأمل

ليختار الارفق والاوفق مع انه مخالف لمقتضى العقد فلذا يحتاج هنا الى اختيار من يثق به او من يشتريه له فجوز البيع على هذا الوجه دفعا للحاجة والجهالة انما توجب الفساد اذا كانت مفضية الى النزاع واذا شرط الخيار للمشترى فهى لا تفضى الى النزاع لان الامر صار مفوضا اليه فيختار ايا شاء ويرد الآخر والحاجة تندفع بالثلاث لاشتمالها على الجيد والردئ والوسط وفى الاربعة وان لم يوجد النزاع لكن لم توجد الحاجة وهذه الرخصة قائمة بهما فلا تحصل باحدهما ثم قيل يشترط ان يكون فى هذا العقد خيار الشرط وقيل لا يشترط واذا لم يذكر خيار الشرط لابد من توقيت خيار التعيين بالثلاث عنده وبمدة معلومة عندهما (اشتريا بالخيار فرضى احدهما لا يرده الآخر) يعنى اشترى رجلان عبدا على انهما بالخيار ثلاثة ايام فرضى احدهما دون الآخر فليس للآخر ان يرده عند ابى حنيفة رحمه الله وقالا له الرد (وكذا خيار العيب) يعنى اشتريا عبدا فظهر عيبه فرضى احدهما لا الآخر (والرؤية) يعنى اشتريا شيئا لم يرياه فرآه احدهما فرضى لا الآخر فانهما ايضا على هذا الخلاف لهما ان اثبات الخيار لهما اثباته لكل واحد منهما لانه شرع لدفع الغبن وكل منهما محتاج الى دفعه عن نفسه فلو بطل هذا بابطال الآخر خياره لم يحصل مقصوده وبحقه به ضرر وله ان المشروط خيار لهما لا خيار كل منهما بالانفراد فلا ينفرد احدهما بالرد اقول تحقيقه ان الخيار تصرف يحتاج فيه الى الرأى كالبيع والخلع ونحوهما وكل ما هو كذلك اذا فوض الى رجلين لا يستقل واحد منهما فيه كالوكالة فانه اذا وكل رجلين بالبيع ونحوه لا يقدر احدهما على التصرف بدون الآخر لان الموكل رضى برأيهما لا رأى احدهما بخلاف التوكيل بطلاق زوجته بلا عوض او رد الوديعة او نحوهما فانه لا يحتاج الى الرأى بل تعبير محض وعبارة الواحد والاثنين فيه سواء (ويبطله) اى خيار الشرط (الاخذ بالشفعة دارا) مفعول الاخذ (بيعت) صفة دار (بجنب) حال من دار او صفة لها (ما شرط) الخيار (فيه) وهى الدار المشتراة يعنى من اشترى دارا على انه بالخيار فبيعت دار بجنبها فاخذها بالشفعة فهو رضا لان طلب الشفعة دليل اختياره الملك فيها لان ثبوته لدفع ضرر الدخيل وهو بالاستدامة فيتضمن سقوط الخيار سابقا عليه فيثبت الملك من وقت الشراء بالاستناد فتبين ان الجوار كان ثابتا بخلاف خيار الرؤية فانه لو اشترى دارا ولم يرها فبيعت دار بجنبها فاخذها بالشفعة له ان يرد الدار الاولى بخيار الرؤية ولو عرض على بيع لا يبطل ايضا خيار الرؤية ويبطل خيار الشرط لانه لو قال ابطلت خيار الشرط سقط الخيار ولو قال ابطلت خيار الرؤية لا يبطل قبل الرؤية لان ثبوته موقوف على الرؤية كما سيأتى كذا فى غاية البيان (و) يبطله ايضا (تعيبه) اى تعيب ما شرط فيه الخيار (بما) اى بعيب (لا يرتفع) كقطع يده فان الرد حينئذ يمتنع حتى لو مرض وزال جاز رده (ويبطله) ايضا (مضى المدة) لان الخيار لم يثبت له الا فيها كالمخيرة فى وقت مقدر لم يبق لها الخيار بعد مضيه (و) يبطله ايضا (تصرف لا يفسخ كالاعتاق والتدبير او) تصرف (لا يحل الا فى الملك كالوطء والتقبيل والمس بشهوة او) تصرف (لا ينفذ الا فيه) اى فى الملك (كالبيع والرهن

(قوله ثم قيل يشترط ان يكون فى هذا العقد خيار الشرط) قال الكمال اختلف المشايخ فيه قيل نعم كما هو المذكور فى الجامع الصغير تصويرا على ما ذكرناه ونسبه قاضيخان الى اكثر المشايخ وقال شمس الائمة فى جامعه هو الصحيح (قوله وقيل لا يشترط) هو المذكور فى الجامع يعنى الجامع الكبير والمذكور فى الجامع الصغير من الصورة وقع اتفاقا لا قيدا وصححه فخر الاسلام وقال الصحيح عندنا انه ليس بشرط وهو قول ابن شجاع اه (قوله واذا لم يذكر خيار الشرط لابد من توقيت خيار التعيين بالثلاث الخ) اقول وكذا ذكره الزيلعى ثم قال بعده قال العبد الضعيف عفا الله عنه اذا لم يذكر خيار الشرط فلا معنى لتوقيت خيار التعيين بخلاف خيار الشرط فان التوقيت فيه يفيد لزوم العقد عند مضى المدة وفى خيار التعيين لا يمكن ذلك لانه لازم فى احدهما قبل مضى الوقت ولا يمكن تعيينه بمضى الوقت بدون تعيينه فلا فائدة لشرط ذلك والذى يغلب على الظن ان التوقيت لا يشترط فيه اه اقول نفى الزيلعى معنى خيار التوقيت وفائدته عند عدم شرط الخيار مسلم باعتبار ما ذكره اما سلب المعنى والفائدة عنه اصلا فلقائل ان يقول لا نسلم ذلك بل له معنى وفائدة هما دفع ضرر البائع لما يلحقه من مطل المشترى التعيين اذا لم يشترط فيفوت على البائع نفعه وتصرفه فيما يملكه ا ثم ان المصنف رحمه الله لم يذكر ما اذا شرط خيار التعيين للبائع وقد اختلف المشايخ فيه فذكر الكرخى فى مختصره انه يجوز استحسانا قالوا واليه اشار فى الزيادات وذكر فى المجرد انه لا يجوز ا

اوالاجارة والهبة) فان كلا منهادليل اختيار الملك واستبقائه (لالابس والركوب مرة) ونحو ذلك فانه يفعل للامتحان والتجربة فلا يدل على الاستبقاء (اشترى بالخيار الى الغد دخل) اى الغد فيكون مخيرا فى الغد ايضا وكذا لو قال الى الظهر اوالليل دخل الظهر وقيل عند ابى حنيفة رحمه الله وعندهما لايدخل لان الغد ونحوه جعل غاية والغاية لاتدخل فى المغيا كالليل فى الصوم وله ان الغاية اذا كانت لمد الحكم اليها لاتدخل كالليل فى الصوم فانه يتناول صوم ساعة فاذا قيل الى الليل مد الحكم الى موضع الغاية واذا كانت لاخراج ماوراءها بقى موضع الغاية داخلا كما فى المرافق فان مطلق الايدى ينتظم الآباط وكان ذكر الغاية لاخراج ماوراءها فبقى موضع الغاية داخلا وهنا لو اقتصر على انه بالخيار ثبت الخيار مؤبدا فيفسد البيع فأسقطت الغاية ماوراءها بخلاف التأجيل فانه لو باع مؤجلا الى رمضان لم يدخل رمضان فان اطلاق التأجيل بان قال بعتك مؤجلا ولم يؤقته لايتأبد بل يصرف الى نصف يوم اوثلاثة ايام اوشهر وبالشهر يفتى فكانت الغاية لمد الحكم اليها فلم تدخل (والقول للمنكر فى الخيار) يعنى اذا اختلف العاقدان فى اشتراط الخيار فالقول لمن ينكره مع اليمين فى ظاهر الرواية لان الخيار لا يثبت الابالشرط فكان من العوارض فيكون القول لمن ينفيه كما فى دعوى الاجل (والمضى) اى اذا اختلفا فى مضى المدة فالقول لمنكره لانهما تصادقا على ثبوت الخيار ثم ادعى احدهما السقوط بمضى المدة فكان القول للمنكر (والزيادة) يعنى اذا اختلفا فى قدره فالقول لمن يدعى اخصر الوقتين لان الآخر يدعى زيادة شرط عليه وهو ينكر (اشترى عبدا بشرط خبزه اوكتبه ووجده بخلافه اخذه بثمنه اوتركه) لان هذا وصف مرغوب فيه فيستحق بالشرط فى العقد ثم فواته يوجب التخير لانه لم يرض به دونه وذلك بان لايقدر على الخبز والكتابة قدر ماينطلق عليه الاسم الخباز والكاتب فحينئذ يخير بين القبول بجميع الثمن وبين الرد اذا لم يمتنع الرد بسبب من الاسباب (كشراء شاة على انها حلوب اولبون) ولم توجد كذلك (فانه يخير) لما ذكر (بخلاف شرائها على انها حامل اوتحلب كذا رطلا) حيث يفسد العقد لان ذلك ليس من قبيل الوصف بل من قبيل الشرط الفاسد اذ لايعرف ذلك حقيقة (اشترى جارية بالخيار فردغيرها) بدلها قائلا (بانها المشتراة) فتنازع البائع والمشترى فقال البائع غيرت والمبيعة ليست هذه وانكر المشترى التغيير وليس للبائع بينة (فالقول له) اى للمشترى مع اليمين (و) جاز (للبائع وطؤها) لان المشترى لما ردها رضى بتمليكها من البائع بذلك الثمن فكان للبائع ان يتملكها كذا فى الوقعات

باب خيار الرؤية

(جاز البيع والشراء لمالم يرياه) اى البائع والمشترى يعنى يجوز ان يبيع رجل شيأ ملكه ولم يره كما اذا اورثه وكذا يجوز ان يشترى رجل شيأ لم يره لماروى ان عثمان رضى الله تعالى عنه باع ارضاله بالبصرة من طلحة بن عبدالله رضى الله عنه فقيل لطلحة انك قدغبنت فقال لى الخيار لانى اشتريت مالم اره وقيل لعثمان رضى

(قوله اشترى عبدا بشرط خبزه اوكتبه) الخ اقول ولو شرط ان العبد يكتب كذا وكذا فانه يفسد (قوله اذا لم يمتنع الرد بسبب من الاسباب) اقول واذا منع يقوم كاتبا اوغير كاتب وينظر الى تفاوت مابين القيمتين فيرجع المشترى بنسبته امن الثمن وروى الحسن عن ابى حنيفة انه لا يرجع والصحيح مافى ظاهر الرواية كما فى البرهان (قوله كشراء شاة على انها حلوب اولبون الخ) اقول عدم الفساد على رواية الطحاوى ويفسد على رواية الكرخى

باب خيار الرؤية

ثبت حكما لابالشرط وهو مانع تمام الحكم وهو لزوم الملك ولايتوقت كما سنذكره (قوله جاز البيع والشراء لمالم يرياه) يعنى ان اشير الى المبيع مستورا اومكانه كما سنذكره والا فلا يجوز البيع بالاجماع كما ذكره فى النهر عن المبسوط اه وفى التبيين مايفيد اشتراط تسمية المبيع لتنتفى الجهالة ولنا فيه رسالة

الله عنه انك قد غبنت فقال لى الخيار لانى بعت مالم اره فحكما جبير بن مطعم فقضى بالخيار لطلحة وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضوان الله تعالى عليهم اجمعين (حضر) اى سواء حضر (المبيع) الغير المرئى (فى المجلس) بان يكون زيتا فى زق او برا فى جوالق او درة فى حقة او ثوبا فى كم او جارية متنقبة واتفقا انه موجود فى ملكه ولم ير المشترى شيأ منه (او غاب) المبيع من المجلس (واشير الى مكانه الخالى من سميه (اى ليس فى ذلك المكان مسمى بذلك الاسم غيره (وللمشترى الخيار عندها) اى عند الرؤية ان شاء اخذ وان شاء رد وقال الشافعى) اذا لم ير لم يصح العقد لجهالة المبيع ولنا العمومات المجوزة بلا قيد الرؤية زاد قيد الرؤية عليها الا انها كالفسخ وقد روى انه صلى الله عليه وسلم قال من اشترى شيأ لم يره فله الخيار اذا رآه ولان الجهالة انما تفسد اذا افضت الى النزاع كما فى شاة من القطيع واما اذا لم تفض اليه فلا كقفيز من الصبرة والجهالة بعدم الرؤية لا تفضى اليه اذ لو لم يوافقه يرده فصار كجهالة الوصف فى المعاين المشار اليه بان اشترى ثوبا ولم يعلم عدد ذرعانه (وان رضى قبلها) يعنى اذا قال رضيت ثم رآه له ان يرده لان الخيار معلق بالرؤية لما روينا فلا يثبت قبلها كذا قالوا اقول فيه بحث اما اولا فلما تقرر فى الاصول ان كل ما دخله حرف الشرط لا يجب ان يكون شرطا بمعنى ما يتوقف عليه وجود الشئ حتى يلزم من انتفائه انتفاء المشروط واما ثانيا فلان هذا استدلال بمفهوم الشرط ونحن لا نقول به فالوجه ان يقال اولزم العقد بالرضا قبل الرؤية لزم امتناع الخيار عنها وهو ثابت بالنص فما يؤدى الى ابطاله كان باطلا (دون البائع) اى ليس له خيار الرؤية لما مر من قضاء جبير ابن مطعم (ولا يتوقت) اى ليس له وقت معين لان الحديث ورد بخيار مطلق للمشترى فالتوقيت فيه زيادة على النص فيبقى الى ان يوجد مبطله (ولا يثبت الا فى الشراء والاجارة والقسمة والصلح عن دعوى المال على شئ معين) لان كلا منها معاوضة (وكفى رؤية ما يعلم به المقصود) فان رؤية جميع المبيع غير لازم لتعذره فيكتفى برؤية ما يدل على العلم بالمقصود فان كان المبيع اشياء فان لم تتفاوت آحاده كالمكيل والموزون وعلامته ان يعرض بالنموذج اكتفى برؤية واحد منها الا اذا كان الباقى اردأ مما رأى فحينئذ يكون مخيرا وان تفاوتت كالثياب والدواب لزم رؤية كل واحد والجوز واللوز والبيض من هذا القبيل فيما ذكره الكرخى وقال صاحب الهداية ينبغى ان يكون مثل الحنطة والشعير لكونها

(قوله واتفقا انه موجود فى ملكه) المراد الاتفاق على وجود المبيع لا بشرط كونه فى ملك البائع لجواز بيع الوكيل والوصى والمتولى والمضارب ونحوه (قوله يعنى اذا قال رضيت ثم رآه له ان يرده) انما صدر بصيغة يعنى لان قوله وان رضى قبلها يصدق بالرضا الفعلى فاحترز عنه بالقولى كما قال فى شرح المجمع ان اجازه بالقول قبل الرؤية لا يزول خياره وان اجازه بالفعل بأن تصرف فيه يزول واما الفسخ بالقول فجائز قبل الرؤية لعدم لزوم العقد اه (قوله دون البائع) يشير الى انه لو باع عينا بعين ولم ير كل منهما ما يحصل له من العرض ثبت لكل الخيار لان كل واحد منهما مشتر للعرض ﴿١٥٧﴾ الذى يحصل له كما فى الجوهرة وفى شرح المجمع قال (وضع الخلاف فى المبيع اذ لا خيار فى الثمن الدين اتفاقا واما الثمن العين ففيه الخيار عندنا لانه بمنزلة المبيع اه (قوله ولا يتوقت) اى ليس له وقت معين على الصحيح فيثبت فى جميع العمر وقيل مؤقت بوقت امكان الفسخ اذا رآه كما فى شرح المجمع (قوله ولا يثبت الا فى الشراء الخ) يشير الى ضابط ذكره فى البرهان بقوله ويثبت فى كل عين ملكت بعقد يحتمل الفسخ كالشراء فلا يثبت فى المسلم فيه ولا فى الاثمان الخالصة لثبوت كل فى الذمة ولا فى المهر وبدل الخلع والصلح من القصاص لعدم قبولها الفسخ هقلت وينبغى ان يكون كذلك بدل العتق والكتابة (قوله الا اذا كان الباقى اردأ مما رأى فحينئذ يكون مخيرا) يعنى خيار العيب لما قال فى شرح المجمع يثبت له خيار العيب لا خيار الرؤية سواء كان فى وعاء واحد او اوعية مختلفة اه وقال الزيلعى يكون مخيرا فى الباقى وفيما رأى كيلا يلزم تفريق الصفقة قبل التمام لانه مع الخيار لا يتم (قوله وان تفاوتت كالثياب والدواب) اى والبطيخ والسفرجل والرمان ونحوه (قوله وقال صاحب الهداية الخ) قد اقتصر عليه صاحب الاختيار بقوله وان كان مكيلا او موزونا وهو الذى يعرض بالانموذج او معدودا متقاربا كالجوز والبيض فرؤية بعضه تبطل الخيار فى كله لان المقصود معرفة الصفة وقد حصلت وعليه التعارف اه ﴿تنبيه﴾ اذا كان المبيع مغيبا تحت الارض كالجزر والسلجم والبصل والثوم والفجل بعد النبات ان علم وجوده تحت الارض جاز والا فلا فاذا باعه ثم قلع منه انموذج ورضى به فان كان مما يباع كيلا كالبصل او وزنا كالثوم والجزر بطل خياره عندهما وعليه الفتوى للحاجة وجريان التعامل به وعند ابى حنيفة لا يبطل وان كان مما يباع عددا كالفجل ونحوه فرؤية بعضه لا تسقط خياره كذا فى شرح المختار

متقاربة اذا تقرر هذا فنقول مايعلم به المقصود (كوجه الصبرة) لانه به يعرف حال البقية وان وجدت اردأ منه خير (و) وجه (الرقيق) لان الوجه هو المقصود في الآدمي (و) وجه (الدابة وكفلها) لانهما المقصودان في الدابة وشرط بعضهم رؤية القوائم والاول هو المروي عن ابي يوسف (وكضرع شاة القنية) عطف على كوجه فانه ايضا مما يعلم به المقصود فتكفي رؤيته (وظاهر ثوب مطوي غير معلم) لان به ايضا تعرف البقية (و) اما اذا كان في باطنه مايكون مقصودا كموضع العلم فلا بد من رؤية (موضع علمه معلما) قوله (وجس) عطف على رؤية اي كفى جس (شاة اللحم) لان المقصود وهو اللحم يعرف به (وذوق مايطعم) لانه المعرف للمقصود (لا) اي لايكفي (خارج الدار او صحنها) بل يجب رؤية جميع بيوتها وماروي من عدم الخيار ان راى صحن الدار او خارجها فانما هو على عادة القدماء في الابنية فان دورهم يومئذ لم تكن متفاوتة فالنظر الى الظاهر كان يوقع العلم بالداخل فاما اليوم فليس او مر كذلك (او) رؤية (الدهن في الزجاج) فانها لاتكون رؤية للدهن حقيقة لوجود الحائل (وكفى نظر وكيله بالقبض كوكيله بالشراء لا) نظر (رسوله) اعلم ان ههنا وكيلا بالشراء ووكيلا بالقبض ورسولا صورة التوكيل بالشراء ان يقول الموكل كن وكيلا عني بشراء كذا وصورة التوكيل بالقبض ان يقول كن وكيلا عني بقبض مااشتريته ومارأيته وصورة الرسالة ان يقول كن رسولا عني بقبضه فرؤية الوكيل الاول تسقط الخيار بالاجماع ورؤية الوكيل الثاني تسقط عند ابي حنيفة اذا قبضه ناظرا اليه فحينئذ ليس له ولا للموكل ان يرده الا من عيب واما اذا قبضه مستورا ثم رآه فاسقط الخيار فانه لايسقط لانه اذا قبضه مستورا ينتهي التوكيل بالقبض الناقص فلا يملك اسقاطه قصدا لصيرورته اجنبيا وان ارسل رسولا بقبضه فقبضه بعدما رآه للمشتري ان يرده وقالا الوكيل بالقبض والرسول سواء في ان قبضهما بعد الرؤية لايسقط خيار المشتري (صح عقد الاعمى) اي

(قوله ووجه الرقيق) كذا اذا نظر الى اكثره فهو كرؤية جميعه ولو نظر من بني آدم الى جميع اعضائه من غير الوجه فخياره باق كذا في الجوهرة (قوله ووجه الدابة وكفلها) المراد بالدابة الفرس والحمار والبغل كذا في الجوهرة فينظر حكم نحو البعير والبقر (قوله وشرط بعضهم رؤية القوائم) اي مع الوجه والكفل (قوله والاول هو المروي عن ابي يوسف) قال في شرح المجمع هو الصحيح كذا في المحيط اه (قوله وذوق مايطعم كذا شم مايشم) وفي دفوف الغازي لابد من سماع صوتها الا ان العلم بالشيء يقع باستعمال آلة ادراكه ولا يسقط خياره حتى يدركه كما في التبيين (قوله بل يجب رؤية جميع بيوتها) هو قول زفر وهو الصحيح وعليه الفتوى كما في الجوهرة وعلى هذا اذا اشترى بستانا فالاصح انه لايكتفي بالنظر الى خارجه كما في شرح المجمع ﴿١٥٨﴾ (قوله وكفى نظر وكيله بالقبض) قال في شرح المجمع قيد بالوكيل بالقبض لانه او وكل رجلا بالرؤية لاتكون رؤيته كرؤية الموكل اتفاقا كذا في الخانية اه (قوله لا نظر رسوله) اي سواء كان الرسول بالقبض او بالشراء كما في التبيين (قوله ومارأيته) الواو فيه للحال اي والحال اني مارأيته وكان الاولى حذف هذه الجملة الحالية (قوله وصورة الرسالة ان يقول كن رسولا عني بقبضه) كذا لو قال امرتك بقبضه كذا في التبيين فلا يختص صورة الارسال بما قاله المصنف (قوله واما اذا قبضه ناظرا اليه الخ) لفظة واما زائدة ينبغي حذفها وتكون العبارة هكذا ورؤية الوكيل الثاني تسقط عند ابي حنيفة اذا قبضه ناظرا اليه الخ يعني ورضي به كما في الجوهرة وهذا احد نوعي القبض وهو القبض التام والقبض الناقص هو ماقاله المصنف واما اذا قبضه مستورا ينتهي التوكيل بالقبض فلا يملك اسقاطه قصدا لصيرورته اجنبيا وخيار الموكل على حاله بعد انتهاء الوكالة وهذا لانه ملك القبض المجمع والقبض يتضمن السقوط لكونه كاملا ضرورة فاذا انفصل السقوط عن القبض بأن كان بعده قصدا او قبله بالرؤية (بيعه) لا يملكه الوكيل كما في التبيين (قوله وان ارسل رسولا بقبضه بعدما رآه الخ) في العبارة تساهل ظاهر وحق العبارة ان يقال وان ارسل رسولا فقبضه ناظرا اليه فللمشتري ان يرده اه لان ضمير رآه لايصح ان يرجع للمرسل لانه اذا نظر ورضي قبل قبض الرسول كيف يثبت له الخيار بعده او الى رسوله لان رسول لاعبرة بنظره سواء كان قبل القبض او معه او بعده بخلاف الوكيل حيث تعتبر رؤيته التي مع القبض دون التي قبله وبعده (قوله وقالا الوكيل بالقبض والرسول سواء في ان قبضهما بعد الرؤية لايسقط خيار المشتري) فيه نظر لانه لا خلاف في هذه الحالة وما الخلاف الا في نظر الوكيل بالقبض حالة قبضه لا في نظره السابق على قبضه ولا المتأخر عنه كما في التبيين

(قوله وسقط خياره بجسه الخ) محمول على ما اذا وجد منه الجس ونحوه قبل الشراء واما اذا اشترى قبل ان يوجد منه ذلك لا يسقط خياره بوجوده بل يثبت باتفاق الروايات ويمتد الى ان يوجد منه ما يدل على الرضى من قول او فعل في الصحيح كذا في التبيين (قوله فيما يدرك بالجس) يعني ولا يحتاج لغير الجس فان احتيج اليه لا بد منه كأن اشترى ثوبا فلا بد من صفة طوله وعرضه ورقعته مع الجس وفي الحنطة لا بد من اللمس والصفة كذا في الجوهرة (قوله فوجده معيبا) تقييد لاطلاق المتن وهو صحيح وقد وضع المسئلة في الكنز وغيره مطلقة عن وجدان العيب وهو الانسب لان الباب لخيار الرؤية وان كان حكم وجود العيب بما لم يقبضه كحكم ما لم يره من حيثية التخيير بين رد الثوبين او قبولهما معا وليس له امساك ما رآه وما ليس به عيب دون الآخر (قوله لئلا يلزم تفريق الصفقة قبل تمامها) اى لان العقد غير تام قبل قبض الآخر اذ لا يفيد ملك التصرف بخلاف ما بعد القبض لان الرضا بالعقد على تقدير السلامة وهى ثابتة ظاهرا فتم العقد وأفاد ملك التصرف وجاز رد المعيب وحده ﴿١٥٩﴾ (قوله فانها لا تتم من خيار الرؤية قبل القبض وبعده) وكذا مع خيار الشرط

بيعه وشراؤه (وسقط خياره) اذا اشترى (بجسه) فيما يدرك بالجس (وشمه) فيما يدرك بالشم (وذوقه) فيما يدرك بالذوق (ووصف العقار) ولا عبرة لوقوفه في مكان او كان بصيرا لرآه كما روى عن ابى يوسف رحمه الله تعالى (ونظر وكيله) لانه كنظره (رأى احد الثوبين فاشتراهما ثم رأى الآخر فوجده معيبا فله ردهما لا غير) اى لا رد المعيب وحده لئلا يلزم تفريق الصفقة قبل تمامها فانها لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده (شرى ما رأى) اى ما رآه قبل الشراء (ان تغير خير) لانه اشترى ما لم يره اذ بالتغير صار شيأ آخر (والا) اى وان لم يتغير (فلا) اى لا خيار له لانه اشترى شيأ رآه الا اذا لم يعرف انه الذى رآه قبل العقد لانه لم يرض به (واختلفا في التغير) فقال المشترى قد تغير وقال البائع لم يتغير (فالقول للبائع) مع يمينه وعلى المشترى البينة لان سبب لزوم العقد وهو الرؤية السابقة ظاهر والتغير حادث والقول لمن يتمسك بالظاهر هذا اذا كانت المدة قريبة يعلم انه لا يتغير في مثل تلك المدة فان بعدت بان رأى امة شابة ثم اشتراها بعد عشرين سنة وزعم البائع انها لم تتغير فالقول للمشترى لان الظاهر شاهد له (او) اختلفا في (الرؤية فللمشترى) اى القول له مع يمينه لانه ينكر امرا حادثا وهو الرؤية (شرى عدل ثوب وقبض فباع ثوبا منه او وهب وسلم لم يرده) اى العدل (بخيار رؤية او شرط بل بعيب) لان الرد تعذر فيما خرج من ملكه وفي رد ما بقى تفريق الصفقة قبل تمامها لان الخيارين يمنعان تمامها كما مر واما خيار العيب فلا يمنع تمامها بعد القبض وفيه وضع المسئلة لانه لو كان قبل القبض لما جاز التصرف فيه فان عاد الثوب الذى باعه المشترى اليه بسبب هو فسخ بان رد المشترى الثانى اليه بالعيب بالقضاء او رجع الاول في الهبة فهو على خياره فجاز ان يرد الكل بخيار الرؤية لارتفاع المانع من الاصل وهو لزوم تفريق الصفقة وعن ابى يوسف ان خيار الرؤية لا يعود بعد سقوطه كخيار الشرط وعليه اعتمد القدورى (وبطله) اى خيار الرؤية (مبطل خيار الشرط) وقد

وهذا تفريع على مقدر وهو ما ذكرناه من التعليل وانما استوى القبض وعدمه في عدم التمام مع خيار الرؤية لخلل في الرضا بالعقد وهو الصفقة كما لا تتم بالايجاب وحده لعدم رضا الآخر بالصفقة (قوله فان بعدت بان رأى امة شابة ثم اشتراها بعد عشرين سنة الخ) ليس المراد حصر البعد بهذا لانه يختلف باختلاف الأشياء كتغير الاشجار في سنة والدواب بما دونها لقلة الرعى ونحوه ولذا اقتصر الزيلعى على قوله الا اذا بعدت المدة لان الظاهر شاهد له الا ترى ان الجارية الشابة تكون عجوزا بطول المدة اه وقال في الهداية الا ان بعدت المدة على ما قالوا ولم يرد على هذا فقيل البعيد الشهر فما فوقه والقريب دون الشهر كذا في الجوهرة اه وقال الكمال ان كان لا يتفاوت في تلك المدة غالبا فالقول للبائع وان كان التفاوت غالبا فالقول للمشترى مثاله او رأى امة او مملوكا فاشتراه بعد شهر وقال تغير فالقول للبائع لان الشهر في مثله قليل اه (قوله شرى عدل ثوب) لعله اثواب او ثياب او زيلعى في عبارة الجوهرة اه ولعله الاصل والمراد هنا الغرارة التى هى عدل غرارة اخرى على الجمل او نحوه اى تعادلها وفيها اثواب كذا في الفتح (قوله لان الخيارين يمنعان تمامها كما مر) الذى مر خيار الرؤية لا غير وذكرت ان خيار الشرط مثله (قوله بان رد المشترى الثانى اليه بعيب بالقضاء او رجع الاول في الهبة) لا حصر في هاتين الصورتين لان الرد بخيار الرؤية والشرط كذلك لانه فسخ محض وانما قيد الرد بعيب بالقضاء لكون فسخا احترازا عما لو كان بغير قضاء فانه اقالة وهى ليست فسخا محضا لكونها بيعا في حق الشفيع (قوله فجاز ان يرد الكل بخيار الرؤية لان الانتفاء المانع من الاصل) كذا ذكره شمس الائمة السرخسى وقوله وعن ابى يوسف الخ رواية على بن الجعد عنه وصححه قاضيخان وحقيقة الملحظ مختلف فشمس الائمة لحظ البيع والهبة مانعا زال فيعمل المقتضى وهو خيار الرؤية عمله ولحظ على

هذه الروايات مسقطا واذا سقط لا يعود بلا سبب وهذا اوجه لان نفس هذا التصرف يدل على الرضا ويبطل الخيار قبل الرؤية وبعدها والله الموفق كذا بفتح القدير (قوله ولا يبطله مالا يوجب حق الغير الخ) صوابه ويبطله بصيغة الاثبات ولا النافية زائدة يختل بها الحكم لانه انما يكون مالا يوجب حق الغير مبطلا اذا كان بعد الرؤية لوجود دلالة الرضا بعد العلم واما اذا كان قبل الرؤية فلا يبطل لانه لا يفوت صريح الرضا وهو لا يبطل كذا في التبيين (قوله كالبيع بالخيار) يعني للبائع ولو كان البيع بشرط الخيار للمشتري فهو كالمطلق يسقط به الخيار قبل الرؤية ﴿تنبيه﴾ لا يفتقر الى التصرف المبطل لخيار الرؤية من قول او فعل الا اذا لم يقبض المبيع واما اذا قبضه بعد الرؤية فقد بطل خياره لانه يدل على الرضا ولانه مؤكد لحكم العقد فشابه البيع في اسقاط الخيار كما في التبيين ﴿باب خيار العيب﴾ من اضافة الشيء الى سببه والعيب هو ما يخلو عنه اصل الفطرة السليمة مما يعد به ناقصا كما في الفتح والفطرة الخلقة التي هي اساس الاصل الا ترى انه لو قال بعتك هذه الحنطة واشار اليها فوجدها المشتري رديئة لم يكن علمها ليس له خيار الرد بالعيب لان الحنطة تخلق جيدة ورديئة ووسطا والعيب ما يخلو عنه اصل الفطرة السليمة عن الآفات العارضة لها فالحنطة المصابة بهواء منعها تمام بلوغها الادراك حتى صارت رقيقة الحب معيبة كالعفن والبلل والسوس (قوله وجد بمشتراه الخ) ﴿١٦٠﴾ يعني ولم يتمكن من ازالة العيب بلا مشقة فان تمكن فلا كاحرام الجارية فانه بسبيل من تحليلها ونجاسة الثوب وينبغي حمله على ثوب لا يفسد بالغسل ولا ينقص كذا في الفتح (قوله ولم يره المشتري حين البيع ولا عند القبض لانه رضا) كذا في الجوهرة وهو يقتضي ان مجرد الرؤية رضى ويخالفه قول الزيلعي ولم يوجد من المشتري ما يدل على الرضا به بعد العلم بالعيب اه وكذا ماله في شرح المجمع ولم يرض به بعد رؤيته (قوله الا اذا كانت مقصودة بالتناول) اي بالاتلاف بان حدث العيب بفعل البائع بعد البيع قبل القبض حيث يسقط من الثمن حصته اذا اختار المشتري الاخذ كما في التبيين (قوله كالاباق ولو الى مادون مدة السفر) قال في الذخيرة الاباق فيما دون السفر عيب بلا خلاف وهل يشترط الخروج من البلد فيه اختلاف المشايخ كذا في الجوهرة وقال الزيلعي وان لم يخرج من البلد اختلفوا فيه والاشبه ان يقال ان كانت البلدة كبيرة مثل القاهرة يكون عيبا وان كانت صغيرة بحيث لا يخفى عليه اهلها وبيوتها لا يكون عيبا اه (قوله والسرقة) يعني سرقة غير نحو الفلس والفلسين لان ذلك لا يكون عيبا كما في التبيين ولا يختلف بين ان تكون من المولى او غيره الا في المأكولات فان سرقتها لاجل الاكل من المولى ليس عيبا ومن غيره عيب وسرقتها للبيع من المولى وغيره عيب كما في الفتح (قوله وعاد في يد المشتري) شرط معاودة الجنون لرده هو الصحيح وذهب طائفة من المشايخ الى انه لا يشترط المعاودة للجنون في يد المشتري وهذا غلط بخلاف ما اذا ولدت الجارية عند البائع لا من البائع او عند آخر فانها ترد على رواية كتاب المضاربة وهو الصحيح وان لم تلد ثانيا عند المشتري لان الولادة عيب لازم لان الضعف الذي حصل بالولادة لا يزول ابدا وعليه الفتوى كذا في الفتح وقوله ان لم تلد ليس المراد ما يوهم الرد بعد ولادتها عند المشتري لامتناعه بتعيبها عنده بالولادة ثانيا مع العيب السابق بها (قوله لفساد في الباطن) اي باطن الدماغ وفي المحيط تكلموا في مقدار الجنون قيل هو عيب وان كان ساعة وقيل ان كان اكثر من يوم وليلة فهو عيب ويوم وليلة فما دونه ليس بعيب وقيل المطبق عيب

(العقل)

مر ذكره (مطلقا) اي سواء كان قبل الرؤية او بعدها (و) يبطله (مالا يوجب حق الغير) كالبيع بالخيار والمساومة والهبة بلا تسليم (بعد الرؤية) لا قبلها لان هذه التصرفات لا تزيد على صريح الرضا وهو انما يبطله بعد الرؤية واما التصرفات الاول فهي اقوى لان بعضها لا يقبل الفسخ وبعضها اوجب حق الغير فلا يمكن ابطاله (كذا طلب الشفعة بما لم يره) اي يبطله بعد الرؤية لا قبلها

﴿باب خيار العيب﴾

(مشتر وجد بمشتراه ما ينقص ثمنه عند التجار) وهو العيب المعتبر شرعا والمراد به عيب كان عند البائع ولم يره المشتري حين البيع ولا عند القبض لانه رضا (اخذه بكل الثمن او رده) لان مطلق البيع يقتضي سلامة المبيع فاذا فاتت خير لئلا يتضرر بلزوم ما لا يرضى به (لا غير) اي لا امساكه واخذ نقصانه لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن الا اذا كان مقصودا بالتناول كما مر وسيأتي (كالاباق) ولو الى مادون مدة السفر (والبول في الفراش والسرقة وكلها تختلف بالصغر والكبر) فان شيئا من هذه الاشياء اذا وجد من صغير غير مميز لا يكون عيبا وان كان مميزا فيكون عيبا ويزول بالبلوغ فان عاوده بعد البلوغ كان عيبا حادثا فيكونان مختلفين لاختلاف سببهما فاذا حصل عند البائع في الصغر وعند المشتري في الكبر لا يرده المشتري على البائع بناء على انه عيب قديم (وكالجنون وهو لا يختلف بهما) اي بالصغر والكبر يعني اذا حصل في يد البائع في الصغر وعاد في يد المشتري في الكبر يكون عيبا واحدا يرد به على البائع لانه لفساد في الباطن لان

ومالبس بمطبق ليس بعيب كذا فى الفتح وقال الزيلعى ومقداره ان يكون اكثر من يوم وليلة ومادونه لايكون عيبا وقال بعضهم المطبق عيب ومادونه لايكون عيبا اه وقال فى المواهب وقدر اى الجنون باكثر من يوم وليلة وقيل بساعة اه (قوله وهو لايختلف باختلاف السبب) صوابه باختلاف السن (قوله والبخر نتن رائحة الفم) قال الكمال والبخر الذى هو العيب هو الناشئ من تغير المعدة دون مايكون لقلح فى الاسنان فان ذلك يزول بتنظيفها (قوله والذفر بالذال المعجمة) قال الكمال الذفر نتن ريح الابط يقال رجل اذفر وامرأة ذفراء ومنه السبب يقال باذفار معدول عن ذافرة ويقال شممت ذفر الشئ وذفره بسكون الفاء وفتحها كل ذلك والدال مهملة واما باعجام الذال فبفتح الفاء لاغير وهو حدة من طيب او نتن وربما خص به الطيب فقيل مسك اذفر ذكره فى الجوهرة وفيها وصفت امرأة من العرب شيخا فقالت ذهب ذفره واقبل ﴿ ١٦١ ﴾ بخره قيل الرواية هنا بالدال غير المعجمة اه (قوله ويكون الزنا عادة له) اى بان زنى اكثر من اثنتين كذا فسر العادة فى الجوهرة (قوله ولو اشتراه على انه كافر فوجده مسلما لايرده) اى ولو كان المشترى كافرا ذكره فى المنبع شرح المجمع والسراج الوهاج كذا بخط العلامة الشيخ على المقدسى رحمه الله (قوله لانه زوال العيب) كذا قاله الزيلعى ونص الكمال زائل العيب اه (قوله والسعال القديم لانه مرض) اى فى الباطن (قوله والدين لان ماليته تكون مشغولة بحق الغرماء) قال الزيلعى ويقدم الغرماء على المولى اه وفيه اشارة الى تخصيصه بالدين الذى يؤخذ به قبل عتقه وقاله الكمال والدين عيب فى كل من الجارية والغلام وعند الشافعى تفصيل حسن فى الدين وهو انه ان كان دينا يتأخر الى مابعد العتق فلا خيار له برده كدين معاملة بان اشترى شيأ بغير اذن المولى وان كان فى رقبته بان جنى فى يد البائع ولم يفده حتى باعه فله رده الآن يقال وبعد العتق قد يضره فى نقصان ولائه وميراثه اه فهو يفيد ان الدين عيب والا يؤاخذ به بعد عتقه عندنا (قوله وارتفاع حيض بنت سبع عشرة) احترز به عمادونها وعن الآيسة فان انقطاعه ليس عيبا حينئذ فحقيقة العيب بالداء ولذا قال بعضهم اذا اراد الرد بعيب الانقطاع فلا يدعى الانقطاع بل ينبغى ان يدعى باحد السببين من الحبل او الداء حتى تسمع دعواه والمرجع فى الحبل الى قول النساء وفى الداء قول الاطباء وتمامه بفتح القدير (قوله والاستحاضة) قال الكمال وتقبل الشهادة عليها لامكان الاطلاع والانقطاع الذى بعد عيبا لايمكن الاطلاع عليه اه (قوله وفى البدائع الاستحاضة لايطلع عليه الا الجارية المشتراة كالانقطاع) كذا نقله المقدسى عنها (قوله بان يقوم وبه عيب) يعنى العيب القديم خاصة وكانه ليس به غيره ثم يقوم سالما عن كل عيب فيرجع بالتفاوت (قوله اورده على البائع برضى البائع) يعنى فيما يملك اسقاط حقه منه وتملكه واما اذا امتنع اخذه لحق الشرع بان كان المبيع عصيرا فتخمر عند المشترى ثم اطلع على عيب فاراد المالك اخذه لايمكن منه لما فيه من تمليك الخمر وتملكها كما فى الفتح

العقل معدنه القلب وشعاعه فى الدماغ والجنون انقطاع ذلك الشعاع وهو لايختلف باختلاف السبب (وكالبخر) نتن رائحة الفم (والذفر) بالذال المعجمة وتحريك الفاء نتن رائحة الابط (والزنا والتولد منه) اى من الزنا (فيها) اى فى الامة متعلق بالعيوب الاربعة يعنى انها عيب فيها لان المقصود قد يكون الاستفراش وهى مخلة به دون الغلام فانها ليست بعيب فيه اذ المقصود منه الاستخدام وهى لاتخل به (الا ان يفحش الاولان فيه) بحيث لايكون فى الناس مثله الا نادرا فانه يكون اداء فى البدن وهو ينقص الثمن (ويكون الزنا عادة له) لان اتباعه يخل بالخدمة (والكفر) اى وكالكفر (فيهما) لان طبع المسلم ينفر عن صحبته ولانه يمنع صرفه فى بعض الكفارات فيختل الرغبة فيه ولو اشتراه على انه كافر فوجده مسلما لايرده لانه زوال العيب (والسعال القديم) لانه مرض ينقص الثمن (والدين) لان ماليته تكون مشغولة بحق الغرماء (والشعر والماء فى العين) لانهما يضعفان البصر (وارتفاع حيض بنت سبع عشرة والاستحاضة) لان كلا منهما داء فى الباطن (فلو حدث) متعلق بقوله مشتر وجد بمشتراه الخ اى بعد ماظهر العيب القديم اوحدث عيب (آخر عند المشترى رجع) اى المشترى (بنقصانه) اى نقصان العيب بان يقوم وبه عيب ويقوم ولا عيب به فان كان تفاوت مابين القيمتين العشر رجع بعشر الثمن وان كان نصف العشر رجع بنصف عشر الثمن (اورده) على البائع (برضا البائع الا المانع) من رد المشترى واخذ البائع (كثوب شراه فقطعه فظهر عيبه و) جاز (لبائعه اخذه كذلك) اى مقطوعا (فلا يرجع مشتر به ان باعه) اذ للبائع ان يقول انا آخذه معيبا فالمشترى ببيعه يكون حابسا للمبيع فلا يرجع بالنقصان (وامة وطئها) عطف على كثوب شراه اى كامة شراها ولم يتبرأ من عيوبها فوطئها (بكرا) كانت (او ثيبا او قبلها بشهوة او لمسها) اى بشهوة (فوجد بها عيبا) حيث يرجع بالنقصان ولا يردها الا برضى البائع ادله

٣٠

ان يقول انا آخذها مع ذلك العيب اذ ليس ههنا مانع من الاخذ كما كان فيما سيأتى ثم بين المانع من الرد برضى البائع بقوله (فان خاط) اى المشترى (المقطوع (او صبغه بغير سواد قيد به لتكون الزيادة فى المبيع اتفاقا فانه لو صبغه اسود فكذا الجواب عندهما فان السواد عندهما زيادة كالحمرة والصفرة وعنده السواد نقصان (اولت السويق بسمن) وبالجملة خلط المشترى ملكه بملك البائع (فظهر عيبه) القديم (لا يأخذه) اى البائع (ويرجع به) اى يرجع المشترى بنقصان العيب ولا يقول البائع انا آخذه معيبا لاختلاط ملك المشترى بالمبيع وهو الخيط والصبغ والسمن وفى العمادية ان الرد يمتنع من جهة الشرع لان المشترى برده والبائع بقبوله الا ان الشريعة تمنعه من الرد والفسخ لحصول الربا (كما لو باعه) اى المشترى الثوب المخيط ونحوه (بعد رؤية عيبه او مات العبد او اعتقه قبلها) اى قبل رؤية عيبه (مجانا او دبره او استولدها) فانه يرجع بالنقصان فى هذه الصور اما فى البيع بعد الرؤية فلان الرد كان يمتنع قبل البيع فلا يكون المشترى بالبيع حابسا للمبيع حتى لو كان البيع قبل الخياطة كان حابسا واما فى الموت فلان الملك ينتهى به وامتناع الرد يثبت حكما للموت لا بفعله فلا يمتنع الرجوع واما فى الاعتاق فالقياس فيه ان لا يرجع بالنقصان وهو قول الشافعى لان امتناع الرد بفعله فصار كالقتل وفى الاستحسان يرجع لان الاعتاق انهاء للملك اى اتمام له بخلاف البيع قبل الخياطة فانه قاطع لملك البائع الى غيره لا منه للملك فى العبد ولهذا ملكه المشترى فصار البائع كالمستبقى لملكه فلم يرجع بالنقصان وانما قلنا ان الاعتاق انهاء للملك لان الملك فى الآدمى ثبت على منافاة الدليل الى غاية العتق والشئ ينتهى بمضى مدته والمنتهى متقرر فى نفسه ولهذا يثبت الولاء بالعتق وهو من آثار الملك فبقاؤه كبقاء اصل الملك فالاعتاق لا يكون كالقتل بل كالموت واما فى التدبير والاستيلاد فانهما لا يزيلان الملك ولكن المحل بهما يخرج من ان يكون قابلا للنقل من ملك الى ملك فقد تعذر الرد مع بقاء الملك المستفاد بالشراء حقيقة او حكما فيرجع بنقصان العيب لانه استحق ذلك الملك بوصف السلامة كما لو تعيب عنده (وان اعتق على مال او كاتب او قتل او اكل كل الطعام او بعضه او لبس الثوب فتخرق لم يرجع) اما فى الاعتاق على مال فلانه حبس بدله وحبس البدل كحبس المبدل وعن ابى حنيفة انه يرجع لانه انهاء للملك وان كان بعوض واما الكتابة فلانها كالاعتاق على مال لحصول العوض فيها وان عجز المكاتب ينبغى ان يرده بالعيب لزوال المانع وهذا كما قالوا اذا ابق العبد المبيع ثم ظهر عيبه لا يرجع بالنقصان لان الرجوع خلف من الرد فلا يصار الى الخلف مادام حيا لان رجوعه محتمل فيمكن رده فاذا رجع رده لزوال المانع واما فى القتل وما بعده فالاصل فيه ان امتناع الرد اذا كان بفعل مضمون من المشترى لا يرجع بشئ لانه اذا كان مضمونا كان ممسكا للمبيع معنى ومن شرط الرجوع بالنقصان ان لا يكون ممسكا له واذا امتنع الرد لا بفعل منه بان هلك او بفعل غير مضمون منه يرجع لانتفاء امساكه ثم القتل فعل مضمون اذ لو باشره فى ملك الغير يضمن وانما برئ من الضمان هنا بملكه فيه فجعل سقوط

بتركها الا ان الامتناع لم يتمحض لحقه بل لحقه وحق الشرع (قوله فلا يكون المشترى بالرد حابسا للمبيع) لعل صوابه بالبيع حابسا يوضحه قوله بعده حتى لو كان البيع قبل الخياطة كان حابسا اه ﴿ تنبيه ﴾ هذا فى الزيادة المتصلة التى لم تتولد من المبيع كالصبغ والخياطة واللت بالسمن والغرس والبناء وطحن الحنطة وشئ اللحم وخبز الدقيق فيرجع بالنقصان لو باعه بعد ذلك لامتناع الرد قبله لحق الشرع فلا يعتبر رضاهما واذا كانت الزيادة متولدة منه متصلة به كالسمن والجمال وانجلاء بياض العين لا تمنع الرد بالعيب فى ظاهر الرواية ويصير بالبيع بعدها حابسا للمبيع والزيادة المنفصلة متولدة منه وغير متولدة فالمتولدة منه كالولد واللبن والثمر والارش والعقر تمنع الرد لتعذر الفسخ عليها فيخير المشترى ان كان قبل القبض بين ردهما جميعا والرضا بهما بكل الثمن واما بعد القبض فيرد المبيع خاصة بحصته من الثمن بان يقسم الثمن على قيمته وقت العقد وعلى قيمة الزيادة وقت القبض فاذا كانت قيمته الفا وقيمة الزيادة مائة والثمن الف سقط عشر الثمن ان رده واخذ تسعمائة واما غير المتولدة من المبيع كالكسب فهى لا تمنع الرد بحال بل يفسخ العقد من الاصل دون الزيادة ويطيب له الكسب الذى هو الزيادة كما فى الفتح والتبيين (قوله ومن شرط الرجوع بالنقصان ان لا يكون ممسكاله) يشير الى ما قاله الكمال ان من اشترى ثوبا فقطعه لباسا لولده الصغير وخاطه ثم اطلع على عيب لا يرجع بالنقصان لان التمليك من الابن الصغير حصل بمجرد القطع للغرض المذكور قبل الخياطة مسلما اليه وهو نائبه فى التسليم فصار به حابسا للمبيع مع امكان الرد والخياطة بعد ذلك كعدمها فلا يرجع بالنقصان اه

الضمان عنه بسبب الملك فصار كالمستفيد بالملك عوضا واما الاكل واللبس فعلى الخلاف لا يرجع عند ابي حنيفة وعندهما يرجع لانه صنع في المبيع ما يعتاد فعله فيه ويشترى لاجله فلا يمنع من الرجوع كالاعتاق وله انه تعذر الرد بفعل مضمون منه في المبيع فلا يرجع كالاحراق والقتل (شرى نحو بيض وبطيخ فكسره فوجده فاسدا ينتفع به) في الجملة ولو بالنظر الى الدواب (فله نقصانه) اي لا يرده لان الكسر عيب حادث ولكنه يرجع بالنقصان دفعا للضرر بقدر الامكان (والا) اي وان لم ينتفع به اصلا (فبكل الثمن) اي فللمشتري كل الثمن لانه ليس بمال فالبيع باطل ولا يعتبر في الجوز صلاح قشره كما قيل لان ماليته باعتبار اللب (باع مشريه فرد عليه بعيب بقضاء) متعلق بقوله رد بعد ما تعلق به قوله بعيب (رد على بائعه) يعني باع عبدا فباعه المشتري ثم رد عليه بعيب فاما ان يقبل بقضاء القاضي اولا فان كان الاول فاما ان يكون باقرار يعني ان المشتري الثاني ادعى على البائع الثاني اقراره بالعيب والبائع انكره فاثبته المشتري الثاني بالبينة وانما احتيج الى هذا التأويل لانه اذا اقر باقراره لا يكون الرد محتاجا الى القضاء بل يرد عليه باقراره بالعيب فلا يكون له ان يرده على بائعه لانه اقالة واما ان يكون ببينة او بنكول وفي كل منهما له ان يرده على بائعه لانه فسخ من الاصل فجعل البيع الثاني كالمعدوم والبيع الاول قائم فله الخصومة والرد بالعيب غاية الامر انه انكر قيام العيب فلزم التناقض لكنه صار مكذبا شرعا بقضاء القاضي فارتفع التناقض وصار كمن اشترى شيأ واقر ان البائع باع ملك نفسه ثم ظهر المستحق لا يبطل حقه في الرجوع على البائع بالثمن وان كان الثاني (و) هو ان يكون الرد (برضى) من المشتري (لا) اي ليس له الرد على بائعه لانه اقالة وهي بيع جديد في حق ثالث والبائع الاول ثالثهما هذا اذا رد المشتري الثاني على الاول بعد القبض اما اذا رد قبله فلا فرق بينهما سواء كان الرد بقضاء او بغيره لان الرد بالعيب قبل القبض فسخ من الاصل في حق الكل فصار كالرد بخيار الرؤية او بخيار الشرط ثم اذا رد عليه بغير قضاء بعيب لا يحدث مثله كالاصبع الزائدة ليس له ان يخاصم البائع الاول هو الصحيح (قبض مشريه وادعى عيبا لم يجبر) المشتري بعد دعوى العيب (على دفع ثمنه) اذ لو دفعه فلعل العيب يظهر فينتقض القضاء فلا يقضى به صونا لقضائه عن الانتقاض

(قوله واما الاكل واللبس فعلى الخلاف الخ) قال في المواهب وكذا تخرق الثوب من اللبس واكل الطعام اي مانع من الرجوع بالنقصان عند الامام واجازاه وبه يفتى واكل بعضه مانع من الرد والرجوع وقالا يرجع بنقص الكل وعنهما انه يرجع بنقص المأكول ويرد الباقي اه وقال الكمال وفي المجتبى عن جمع البخاري اكل بعضه يرجع بنقصان عيبه ويرد ما بقي وبه يفتى اه (قوله ولانه تعذر الرد بفعل مضمون الخ) لعل صوابه وله انه تعذر الخ اي لابي حنيفة فيناسب قوله فلا يرجع كالاحراق والقتل واما اذا كان على ظاهر العبارة كان تعليلا ثانيا لقولهما ولا يخفى ﴿١٦٣﴾ ما فيه من المناقضة لتحكم بالرجوع ثم بعدمه فلا بد من حمله على ما ذكرناه (قوله شرى نحو بيض وبطيخ فكسره فوجده فاسدا) لم يتعرض لوجدان بعضه وقال الكمال لو وجد البعض فاسدا فان كان قليلا جاز البيع استحسانا كقليل التراب في الحنطة والشعير فلا يرجع بشيء اصلا وان كان كثيرا لا يجوز البيع ويرجع بكل الثمن وقال المصنف اي صاحب الهداية في القليل انه كالواحد والمثنى وفي النهاية اراد بالكثير ما وراء الثلاثة لا ما زاد على النصف وجعل الفقيه ابو الليث الخمسة والستة في المائة من الجوز عفوا ولو وجد نصف الجوز خاويا اصح في النصف الذي به لب بنصف الثمن وهو الاصح اه (قوله باع مشتراه ورد عليه بعيب بقضاء رد على بائعه) شامل لما اذا اقر بالعيب وامتنع من القبول فرد عليه القاضي جبرا كما اذا نكر العيب فاثبته بالبينة او النكول عن اليمين وبالبينة على اقرار البائع بالعيب مع انكاره الاقرار به فانه يرده على بائعه في الصور الاربع لكون القضاء فسخا فيها (قوله لانه اذا اقر باقراره لا يكون رد محتاجا الى القضاء بل يرد عليه باقراره بالعيب فلا يكون له ان يرده على بائعه) اقول يتعين حمله على ما اذا اقر ولم يمتنع من الرد بالعيب الذي اقر به لانه اذا امتنع من الرد مع اقراره بالعيب فرده القاضي جبرا كان فسخا فيرده على بائعه لا اقالة يمتنع الرد كما في تبيين (قوله غاية الامر انه انكر قيام العيب فلزم التناقض) اي بثبوت ما انكره بالبينة او النكول ﴿ تنبيه ﴾ لو قال البائع الثاني بعد الرد بالقضاء ليس به عيب لا يرده على البائع الاول بالاتفاق كما في الفتح (قوله اما اذا رد قبله فلا فرق بينهما) اي بين قبوليه وللبائع الثاني الرد على بائعه وقد اوضحه بقوله سواء كان الخ ولكنه ليس على عمومه في جميع الاشياء بل في غير العقار اما في العقار فالاظهر انه بيع جديد في حق البائع الاول لان العقار يجوز بيعه قبل القبض فليس له رده على بائعه لانه اشتراه بعد ما باعه كما في التبيين (قوله لان الرد بالعيب قبل القبض فسخ من الاصل) اي لان بيع المبيع قبل القبض لا يجوز فلا يمكن جعله بيعا جديدا في حق غيرهما فجعل فسخا في غير العقار اما فيه فالاظهر انه بيع جديد كما ذكرناه عن الزيلعي

(قوله بل يبرهن على ثبوت العيب) كيفية اثباته ان يقيم البينة اولا على وجدان العيب عنده اى المشترى ثم يحتاج الى اقامة البينة على انه كان عند البائع (قوله او يحلف) صورة التحليف ان يحلف البائع ان هذا العيب لم يكن فيه عنده وذلك بعد اقامة المشترى البينة انه وجد فيه عنده اى المشترى واذا لم يقم بينة على ثبوته عنده ليس له تحليف البائع فى الاصح لان التحليف يترتب على دعوى صحيحة ولا تصح الا من خصم ولا يصير خصما فيه الا بعد قيام العيب عنده كما فى التبيين وسيذكره المصنف فى مسئلة اباق العبد (قوله وان غاب شهوده دفعه ان حلف بائعه) يعنى وقد اقام البينة على ثبوت العيب عنده اى المشترى كما ذكرناه وغاب شهود قيامه عند البائع فيحلف (قوله لانه حجة فى الزام العيب) قيد بالزام العيب لان النكول ليس حجة فى الحدود والقصاص بالاجماع ﴿ ١٦٤ ﴾ ولا فى الاشياء الستة عند ابى حنيفة كما فى الفتح (قوله والحق انه من قبيل اللف والنشر التقديرى الخ) قال شيخ استاذى العلامة على المقدسى رحمه الله تعالى بعد نقله كلام المصنف رحمه الله تعالى واقول يمكن ان يكون او فيه مثلها فى قوله كسرت كعوبها او تستقيما وهى متعلقة بما يليها لا بأول الكلام فتأمل اه (قوله يعنى اشترى عبدا فادعى انه ابق) كان ينبغى ان يقال كما فى الهداية فادعى اباقا عنده وعند البائع اه لتكون الخصومة متوجهة بدعوى الاباق عندهما (قوله واراد تحليف البائع على انه لم يأبق عنده) اى المدعى لعله صوابه ارجاع الضمير المضاف الى الظرف للبائع كما هو ظاهر عبارة الهداية وهى فاراد تحليف البائع على عدم الاباق عنده (قوله لكن انكاره انما يعتبر الخ) يشير الى ان معنى المسئلة ان يدعى اباقا فينكر البائع قيامه فى الحال فيحتاج الى اثباته اما لو اعترف البائع به فانه يسأل عن وجوده عنده فان اعترف به رده عليه بالتماس المشترى وان انكر طولب المشترى بالبينة على ان الاباق وجد عند البائع فان اقامها رده والا حلف كما فى الفتح (قوله ويقال فى التحليف بالله ما ابق قط) هذا فى دعوى اباق الصغير لما يفيده كلام المصنف فيما يأتى ولان الزيلعى ذكر هذا كما قاله المصنف ثم قال ولو كان الدعوى فى اباق العبد الكبير (العيب) يحلف بالله ما ابق مذ بلغ مبلغ الرجال لان الاباق فى الصغير يزول بالبلوغ فلا يوجب الرد على ما بيناه من قبل اه وفى الكبير يحلف كما ذكرناه لما فيه من النظر للبائع فانه لا يقدر ان يحلف على عدم الاباق فى الكبير مطلقا لاحتمال كونه فى الصغر ثم طرأ بعد البلوغ وذلك لا يجب الرد لاختلاف السبب فلو الزمناه الحلف ما ابق عنده قط اضررنا به والزمناه ما لا يلزمه ولو لم يحلف اصلا اضررنا بالمشترى فيحلف كما ذكرناه (قوله لكن قال المتأخرون) منهم الزيلعى

(بل يبرهن) على ثبوت العيب فيرد المبيع ان امكن والا يرجع بالنقصان كما مر (او يحلف) اى المشترى البائع على عدم العيب ان لم يكن له شاهد ويدفع الثمن (وان كان) له شاهد لكن (غاب شهوده دفعه) ايضا الثمن (ان حلف بائعه) لان فى الانتظار ضررا بالبائع وليس فى الدفع كثير ضرر بالمشترى لانه متى اقام البينة رد عليه المبيع واخذ ثمنه (ولزم عيبه ان نكل) لانه حجة فى الزام العيب وقد وقعت العبارة فى الهداية هكذا ان اشترى عبدا فقبضه فادعى عيبا لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف البائع او يقيم المشترى بينة وقد تكلفوا فى توجيهها ما تكلفوا والحق انها من قبيل اللف والنشر التقديرى تقديره لم يجبر المشترى على دفع الثمن ولا يكون للمشترى حق الرد على البائع حتى يحلف البائع او يقيم المشترى بينة وهذه فائدة افادها صاحب كشف الكشاف فى تحقيق قوله تعالى يوم يأتى بعض آيات ربك لا ينفع نفسا ايمانها لم تكن آمنت من قبل او كسبت فى ايمانها خيرا انه من قبيل اللف والنشر التقديرى والمعنى لا ينفع نفسا ايمانها ولا عملها لم تكن آمنت من قبل او كسبت فى ايمانها خيرا (ادعى اباقا) يعنى اشترى عبدا فادعى انه آبق واراد تحليف البائع على انه لم يأبق (عنده) اى المدعى عليه (لم يحلف البائع) حتى يثبت المدعى (انه آبق عنده) اى عند نفسه لان القول وان كان قول البائع لكن انكاره انما يعتبر بعد قيام العيب به فى يد المشترى ومعرفته تكون بالبينة (ثم) اذا اثبته (حلف) اى البائع على البتات مع انه فعل الغير قال شمس الائمة الحلوانى التحليف على فعل الغير يكون على العلم مطردا فى جميع المسائل الا فى دعوى الاباق حيث يحلف على البتات لان البائع يدعى تسليم المبيع سليما فالاستحلاف يرجع الى ما ضمن بنفسه ويقال فى التحليف (بالله ما ابق قط او ما له حق الرد عليك من دعواه هذه او لقد سلمته وما به هذا العيب لا) بالله (ما ابق عندك قط) فان هذه العبارة وان وقعت فى الكتب لكن قال المتأخرون فيه ترك النظر للمشترى لانه يحتمل انه باعه وقد كان ابق عند غيره وبه يرد عليه وفيه ذهول عنه (ولا) بالله (لقد باعه وما به هذا العيب) لان فيه ترك النظر للمشترى ايضا لان العيب قد يحدث بعد البيع قبل التسليم وهو موجب للرد (ولا) بالله (لقد باعه وسلمه وما به هذا

العيب) لانه يوهم تعلقه بالشرطين فيتأوله في اليمين عند قيامه في احد الحالتين وهي حالة التسليم (واذا لم يثبته) متعلق بقوله حتى يثبت يعني اذا لم يثبت انه ابق عند نفسه (يحلف بائعه (عندهما انه) اي البائع (لا يعلم انه) اي العبد (ابق عنده) لان الدعوى صحيحة حتى يترتب عليها البينة فكذا اليمين (واختلفوا على قول الامام) وله على ما قال البعض ان الدعوى لا تصح الا من خصم ولا يصير خصما الا بعد قيام العيب (واذا نكل) عن اليمين (فعندهما يحلف ثانيا) لطلب المشتري الرد عليه فان نكوله يثبت العيب عند المشتري فاذا اراد الرد على البائع بهذا العيب يحلف البائع على البتات كما تقدم من قوله بالله ماله حق الرد عليك فان حلف لا يرد وان نكل رد عليه ثم الدعوى ان كانت في اباق الكبير يحلف بالله ما ابق منذ بلغ مبلغ الرجال لان الاباق في الصغر لا يوجب رده بعد البلوغ كذا في الهداية اقول ينبغي ان يكون الحكم في البول في الفراش والسرقة ايضا كذلك لاشتراكها في العلة واليه اشار في غاية البيان بقوله وذلك لان اتحاد الحالة شرط في العيوب الثلاثة (اختلفا) اي البائع والمشتري (بعد التقابض في قدر المبيع) يعني اشترى عبدا وتقابضا فوجد به عيبا فقال البائع بعتك هذا وآخر معه وقال المشتري بعتنيه وحده فانه دعوى البائع جر نفع تخصيص الثمن على تقدير الرد ولهذا قال وتقابضا (او المقبوض) بان اشترى عبدين فقال البائع قبضتهما وقال المشتري ماقبضت الا احدهما (فالقول) في الصورتين (للمشتري) لانه قابض والقول للقابض كما في الغصب (اشترى عبدين صفقة) واحدة (وقبض احدهما ووجد به او بالآخر عيبا اخذهما او ردهما ولو قبضهما رد المعيب فقط) لان تمام الصفقة بالقبض وقبل القبض لا يجوز تفريقها لانه يكون بيعا بالحصة ابتداء وهو لا يجوز وبعد القبض يجوز لانه يكون بيعا بالحصة بقاء وهو جائز كما تقرر في كتب الاصول (قبض كيليا او وزنيا ووجد ببعضه عيبا رد كله او اخذ) لان المكيل والموزون ان كانا من جنس واحد كانا كشيء واحد قيل هذا اذا كانا في وعاء واحد وان كانا في وعاءين كان بمنزلة عبدين حتى يرد الوعاء الذي فيه العيب لا الآخر (ولو استحق بعضه) اي بعض المكيل او الموزون لم يخير بعد القبض في رد ما بقي اذ لا يضره التبعيض والاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة لان تمامها برضى العاقد لا المالك واما اذا كان قبل القبض فله ان يرد الباقي لتفرق الصفقة قبل التمام (وفي الثوب خير) لان التبعيض فيه عيب وقد كان وقت البيع وظهر بالاستحقاق (اشترى جارية ولم يتبرأ من عيوبها فوطئها او قبلها او مسها بشهوة ثم وجد بها عيبا لم يردها مطلقا) اوسواء كانت بكرا او ثيبا نقصها الوطء اولا لان كلا

(قوله لانه يوهم تعلقه عدم العيب بالشرطين) اي شرط سلامته حال البيع وشرط سلامته حال التسليم (قوله فيتأوله البائع في اليمين ا[لخ]) اي يقصد تعلق عدم العيب بالشرطين جميعا ويقصد قيامه حالة التسليم خاصة فتكون هذه العبارة والله اعلم باعه وسلمه الخ صادقة اذا كا[ن] حدوث العيب قبل التسليم وقصده ذلك لا يوجب رده شرعا فان تأوله كذلك لا يخلصه عند الله تعالى في ذلك اليمين بل هي يمـ[ين] غموس كذا في الفتح (قوله وله على ما[قال] البعض الخ) هو الاصح فليس للمشتر[ي] تحليف البائع كما قدمناه عن الزيلع[ي] (قوله فعندهما يحلف) قال الكما[ل] والوجه ما قالا من الزام اليمين على ا[لبائع] ونفي الخلاف كما ذكر البعض اه (قول[ه] اقول ينبغي ان يكون الحكم في البو[ل] في الفراش والسرقة ايضا كذلك الخ) قد صرح به الكمال رحمه الله بقوله و[كذا] في كل عيب يدعي ويختلف فيه الحال فيما [بعد] البلوغ وقبله بخلاف ما لا يختلف كالجنو[ن] اهـ ثم ذكر كيفية ترتيب الخصومة وتقسـ[يم] العيوب فليراجع (قوله اشترى عبدين الخ) اشار به الى ان المبيع لو كان لا ينتفـ[ع] ببعضه كزوجي خف ومصراعي با[ب] وثورين الف احدهما الآخر بحيث لا يعمل بدونه لا يملك المشتري رد المعيب وحده وان كان بعد القبض كما في التبيين والفتح (قوله قبض كيليا الخ) المطلق فيشمل ما لو كان في اناءين وهو الاظهر في البرهان والى هذا اشار بقوله قبل ه[ذا] اذا كان في وعاء واحد (قوله لا المالك [الخ]) يعني به المستحق (قوله اشترى جارية الـ[خ]) مستدرك بما قدمه اوائل الباب (قوله قبلها او مسها بشهوة ثم وجد بها عيبا الخ) كذا في البدائع الا انه لم يذكر المس بشهو[ة] ولكن قال في البزازية قال التمرتاشي قو[ل] السرخسي التقبيل بشهوة يمنع الرد محمو[ل] على ما بعد العلم بالعيب اه ولو كان لها زو[ج] فوطئها عند البائع ثم عند المشتري لا يرجع بالنقص اي ويردها لان هذا الوطء لا يمنع الرد وان لم يطأها الا عند المشتري فان كانت بكر[ا] يرجع بالنقصان لنقصان العين بزوال العذرة وان كانت ثيبا لم يذكر في الاصل انه يمنع الرد ام لا وقيل لا يمنع فلا يرجع بالنقصان مع امكا[ن] الرد كما في البدائع (تنبيه) البكارة لا تستحق بالبيع حتى لو وجدها ثيبا لا يتمكن من الرد اذا لم يكن شرط البكارة فعدمها من باب عدم وصف مرغوب فيه لا من باب وجود العيب كما في الفتح وقال في البزازية وقاضيخان اشتراها على انها بكر فعلم بالوطء عدم البكارة فلما[ء]

نزع بلا لبث من ساعته ردوان لبث بعد العلم لا اه (قوله ورجع بالنقصان) كذا فى البدائع وغيره وفى البزازية ما يخالفه حيث جوز الرجوع بالنقص مع المس والنظر ومنعه مع الوطء كالرد (قوله لان كلا منها حادث) فيه تأمل اما اذا كانت بكرا فمسلم واما الثيب فعدم ردها لاستيفائه ماءها وهو جزؤها فاذا ردها صار كأنه امسك بعضها ورد باقيها كذا علله فى شرح المجمع واما القبلة والمس فكيف يعلل بانه عيب حادث (قوله لان اقصى ما فى الباب ان هذا قضاء على الغائب من غير خصم ولكنه ينفذ فى اظهر الروايتين من اصحابنا) قال العمادى فى فصوله من الحيلة كان ظهير الدين المرغينانى يفتى بعدم النفاذ لئلا يتطرقوا الى هدم مذهب اصحابنا اه وسنذكره فى كتاب القضاء ان شاء الله تعالى (قوله واستخدامه) قال الكمال ولو مرة بعد العلم بالعيب بخلاف خيار الشرط فانه لا يسقط الا بالمرة الثانية اه ولكن فى البزازية قال السرخسى الصحيح ان الاستخدام بعد العلم فى المرة الثانية رضى اى فى خيار العيب (قوله ولو كان ركوبه للرد لا يكون رضى كالسقى وشراء العلف من ضرورة) جعل الركوب للرد غير مانع مع الضرورة ضعيف لما قال الزيلعى لا يكون الركوب ليسقيها الماء او ليردها على البائع او ليشترى لها العلف رضى بالعيب وهذا استحسان لانه محتاج اليه وقد لا ينقاد ولا تنساق فلا يكون دليل الرضى اذا ركبها فى حاجة نفسه وقيل تأويله اذا لم يكن له بد من الركوب بان كان العلف فى عدل واحد او لا تنساق ولا تنقاد وقيل الركوب للرد لا يكون رضى كيفما كان لانه سبب الرد ولغيره يكون رضى الا من ضرورة اه (قوله فانهما اذا كانا من ضرورة) ينبغى ان يقال فانه اذا كان من ضرورة لرجوع الضمير للركوب حالة السقى وشراء العلف (قوله او يكون العلف فى عدل واحد) قال الكمال تقييده بعدل واحد لانه لو كان فى عدلين فركبها يكون الركوب رضى ذكره قاضيخان وغيره ولا يخفى ان الاحتمالات التى ذكرناها فى ركوبها للسقى انما لا تمنع الرد معها تجرى فيما اذا كان العلف فى عدل ثم ركبها فلا ينبغى ان يطلق امتناع الرد اذا كان العلف فى عدل اه وفى المواهب الركوب (الى) للرد او للسقى او شراء العلف لا يكون رضى مطلقا فى الاظهر اه وقال الكمال ﴿فرع﴾ وجد بالدابة عيبا فى السفر وهو يخاف على حمله حمله عليها او يرد بعد انقضاء السفر وهو معذور اه ويخالفه ما قال فى البزازية لو حمل عليه حملا واطلع على عيب فى الطريق ولم يجد ما يحمل حمله ولو القاه فى الطريق يتلف لا يتمكن من الرد وقيل يتمكن قياسا على اذا حمل عليه علفه قلت الفرق واضح فان علفه مما يقومه اذ لولاه لا يبقى ولا كذلك العدل فكان من ضرورات الرد فذكر اللامشى انه او امكنه ان يأتى بالعلف بلا حمل فحمل لا يرد اه عبارة البزازية (قوله او قتل بسبب) اى كردة وقطع الطريق وقتل نفس (قوله واخذ ثمنيهما) كان الاولى ان يقال ثمنه لانه عطف بأو

منها عيب حادث (ورجع بالنقصان) لامتناع الرد (الا اذا رضى البائع بأخذها) لان الامتناع كان لحقه فاذا رضى زال الامتناع (الحادث) من العيب (اذا زال فالقديم يوجب الرد) يعنى اذا اشترى شيأ فحدث فيه عيب ثم اطلع على عيبه القديم لم يرده لان حدوث العيب عنده مانع من الرد واذا زال جاز الرد لعود الممنوع بزوال المانع (ظهر عيب مبيع الغائب عند القاضى فوضعه عند عدل فهلك كان) اى الهلاك (على المشترى الا اذا قضى بالرد على البائع) يعنى اشترى جارية من رجل وغاب البائع فاطلع المشترى على عيب الجارية فرفع الامر الى القاضى واثبت عنده الشراء والعيب فاخذها القاضى ووضعها على يد عدل فماتت فى يده وحضر البائع ليس للمشترى ان يسترد الثمن لان الرد على البائع لم يثبت لمكان غيبته فكان الهلاك على المشترى قال فى الخلاصة قلت ينبغى ان يكون هذا فيما اذا لم يقض القاضى بالرد على البائع بل اخذها منه ووضعها عند عدل اما اذا قضى على البائع بالرد فينبغى ان يهلك من مال البائع ويسترد المشترى الثمن لان اقصى ما فى الباب ان هذا قضاء على الغائب من غير خصم ولكنه ينفذ فى اظهر الروايتين من اصحابنا (مداواة المعيب وعرضه على البيع ولبسه واستخدامه وركوبه فى حاجته رضا) لان كلا منها دليل الاستبقاء (ولو) كان ركوبه (للرد لا) اى لا يكون رضا لانه وسيلة الى الرد (كالسقى وشراء العلف من ضرورة) فانهما اذا كانا من ضرورة بان لا تنساق ولا تنقاد او يكون العلف فى عدل واحد لا يكونان رضا واذا عدم الضرورة كانا رضا (قطع المقبوض) اى قطع يد المبيع المقبوض (او قتل بسبب كان عند البائع رد المقطوع) لبقاء عينه (واخذ ثمنيهما) اى ثمنى المقطوع والمقتول يعنى اشترى عبدا قد سرق ولم يعلم به فقطع عند المشترى له ان يرده ويأخذ ثمنه وقالا لا يرده بل يرجع بما بين قيمته سارقا وغير سارق وعلى هذا الخلاف اذا قتل فى يد المشترى بسبب وجد فى يد البائع وهو بمنزلة الاستحقاق عنده وبمنزلة العيب عندهما لهما ان الموجود فى يد البائع سبب القطع او القتل وهو لا ينافى المالية فينفذ العقد فيه لكنه تعيب فيرجع بنقصانه لتعذر الرد وله ان سبب الوجوب حصل فى يد البائع والوجوب يفضى الى الوجود فيضاف الوجود

الى السبب السابق قوله ولم يعلم به المشترى يفيد على مذهبهما لان العلم بالعيب رضا به ولا يفيد على قوله فى الصحيح لان العلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع كما سيأتى فى مباحث الاستحقاق (باع بشرط البراءة من كل عيب) ولم يسم العيوب بعددها (صح) وقال الشافعى لا يصح بناء على مذهبه ان الابراء عن الحقوق المجهولة لا يصح لان فيه معنى التمليك حتى يرتد بالرد وتمليك المجهول لا يصح ولنا ان الجهالة فى الاسقاط لا تفضى الى النزاع وان تضمن التمليك لعدم الحاجة الى التسليم فلا تكون مفسدة (ويدخل فيه) اى فى هذا الابراء العيب (الموجود) حال العقد (والحادث) بعد العقد (قبل القبض) عند ابى يوسف وقال محمد لا يدخل فيه الحادث بعد العقد وهو قول زفر (قال مشترى العبد لمن ساومه اشتره فلا عيب به) صورته اشترى زيد من بكر غلاما فاراد ان يبيعه من بشر فقال لبشر حين المساومة اشتره فلا عيب به (ولم يبع) الغلام من بشر (فوجد) زيد (به عيبا) كان ينبغى ان لا يجوز رده على البائع لاقراره بعدم العيب لكنه (رده على بائعه) (ولا يبطله) اى الرد (الاقرار السابق) بعدم العيب لانه تجوز عن الترويج لظهور انه لا يخلو عن عيب ما فتيقن القاضى بان ظاهره غير مراد له (ولو عينه) اى العيب بان قال لا عور به ولا شلل (لا) اى لا يرده لاحاطة العلم به الا ان لا يحدث مثله بان قال ليس به اصبع زائدة ثم وجده به اصبعا زائدة له ان يرده لتيقنا بكذبه فى الاقرار كقوله لغيره قطعت يدك ويده صحيحة (قال) بائع عبد (لآخر عبدى هذا آبق فاشتره منى فاشتراه وباع من آخر فوجده) المشترى (الثانى آبقا لا يرد بما سبق من اقرار) البائع (الاول ما لم يبرهن انه ابق عنده) اى عند البائع الاول المقر لان الموجود من البائع الثانى السكوت عند اقرار البائع الاول واقراره ليس بحجة على المشترى الاول وهو البائع الثانى (مشتر) لعبد او امة (قال اعتق البائع) العبد (او دبره او ولد) الامة (او هو حر الاصل وانكر البائع وحلف) لعجز المدعى عن الاثبات (قضى عليه) اى على المشترى (بالعتق والتدبير والاستيلاد) لاقراره بما ذكر (ورجع بالعيب ان علم به) لان المبطل للرجوع ازالته عن ملكه الى غيره بانشائه او اقراره ولم يوجد حتى لو قال باعه وهو ملك فلان وصدقه فلان واخذه لا يرجع بالنقصان لانه اخرجه عن ملكه فى الظاهر باقراره كانه وهبه كذا فى الجامع الكبير (باع الامام او امينه غنيمة محرزة) حتى لو لم تكن محرزة

(قوله ولم يعلم به) يعنى وقت البيع ولا وقت القبض كما فى الفتح (قوله وهو بمنزلة الاستحقاق عنده) اى فيرجع بجميع الثمن كما لو استحق كله (قوله وبمنزلة العيب عندهما) يعنى فى الحكم والا فهو عيب عندهما لا بمنزلة العيب قاله الكمال (قوله لكنه تعيب الخ) اى بعيب العقوبة مع ما به من العيب القديم فيقوم سارقا وغير سارق وحلال الدم وحرامه فيرجع بمثل نسبة التفاوت بين القيمتين عندهما (قوله وله ان بسبب الوجوب) اى وجوب القطع والقتل ﴿ ١٦٧ ﴾ (قوله فيضاف الوجود) اى وجود القتل او القطع الى السبب السابق اى سبب القطع والقتل وهو سرقته او قتله كائنا فى يد البائع فيضاف اليه فصار كانه قطع او قتل عند البائع الذى عنده السبب فانتقض قبض المشترى (قوله وقال محمد لا يدخل فيه) اى فى شرط البراءة من كل عيب ولم يزد على هذا اذ لو شرط البراءة من كل عيب قائم به لا يدخل الحادث فى البراءة اتفاقا ولو اختلفا فى عيب انه حادث بعد العقد او كان عنده لا اثر لهذا عند ابى يوسف وعند محمد القول قول البائع مع يمينه على العلم انه حادث وعند زفر القول للمشترى كما فى الفتح (قوله لانه تجاوز عن الترويج كذا فى المحيط ثم قال وهذا كمن قال لجاريته يا زانية يا مجنونة فليس باقرار بالعيب ولكنه للشتيمة حتى قيل لو قال ذلك فى الثوب اى قال لآخر اشتره فانه لا عيب به يكون اقرارا بنفى العيب لان عيوب الثوب ظاهرة اه (قوله قال لآخر عبدى هذا آبق الخ) كذا لو قال على انى برىء من الاباقة ولو قال على انى برىء من اباقه او على انه آبق وقبله المشترى الاول على ذلك رده الثانى عليه لانه ذكر هذا وصفا للايجاب او شرطا فيه والايجاب يفتقر الى الجواب والجواب يتضمن اعادة ما فى الخطاب فاذا قال المشترى قبلت ذلك صار كانه قال اشتريت على انه آبق فيكون اعترافا بكونه آبقا بمقتضى الجواب بخلاف ما لو قال على انى برىء من الاباق لانه لم يضف الاباق الى العبد ولا وصفه به فلا يكن اعترافا بوجود الاباق للحال لان هذا الكلام كما يحتمل التبرى عن اباق موجود من العبد يحتمل التبرى عن اباق سيحدث فى المستقبل فلا يصير مقرا بكونه آبقا للحال بالشك فلا يثبت حق الرد بالشك كذا فى المحيط فلينظر مع ما قاله الكمال او قال انا برىء من كل عيب الا اباقه برىء من اباقه ولو قال الا الاباق فله الرد بالاتفاق اه (قوله لان الموجود من البائع الثانى السكوت الخ) يعنى والسكوت ليس تصديقا منه لبائعه فيما اقر به فاما اذا قال البائع الثانى وجدته آبقا الآن صار مصدقا للبائع فى اقراره بكونه آبقا والله الموفق

لم يجز بيعها الا انها لم تملك كما مر في كتاب السير (ووجد المشترى) في المبيع (عيبا لا يرده عليهما) اى الامام وامينه لان الامين لا ينتصب خصما (بل الامام ينصب له خصما ولا يحلفه (لان فائدة التحليف النكول ولا يصح نكوله واقراره (فاذا اثبت عليه العيب ورد بياع وبدفع الثمن اليه والنقص اوالفضل يرجع الى محله) اى ان نقص الثمن الآخر من الاول ان كان المبيع من اربعة الاخماس يعطى منها وان كان من الخمس يعطى منه وكذا الزيادة توضع فيما اذا كان المبيع منه لان الغرم بالغنم

باب البيع الفاسد

باب البيع الفاسد

لقب الباب به وان كان فيه الباطل والموقوف والمكروه ايضا لكثرة وقوعه وتعدد اسبابه والباطل ما لا يصح اصلا ووصفا ولا يفيد الملك بوجه حتى لو اشترى عبدا بميتة وقبضه واعتقه لا يعتق والفاسد ما يصح اصلا لا وصفا ويفيد الملك عند اتصال القبض به حتى لو اشترى عبدا بخمر وقبضه فاعتقه يعتق والموقوف ما يصح باصله ووصفه ويفيد الملك على سبيل التوقف ولا يفيد تمامه لتعلق حق الغير والمكروه ما يصح باصله ووصفه لكن جاوره شيء منهى عنه كالبيع عند اذان الجمعة اذا تقرر هذا فاعلم انه (بطل بيع ما ليس بمال والبيع به) اى جعله ثمنا بادخال الباء عليه (كالدم والريح والحر والميتة) بسكون الياء الميتة بتشديد الياء اى الميتة التى ماتت حتف انفها فان الميتة التى لم تمت حتف انفها مثل الموقوذة مال عند اهل الذمة كالخمر والخنزير كما سيأتى (والمعدوم) ومنه حق التعلى فانه معدوم محض (و) منه ايضا (المضامين) جمع مضمونة وهى ما فى اصلاب الفحول من الماء (والملاقيح جمع ملقوحة وهى ما فى البطن من الجنين ويجب ان يحمل ههنا على ما سيكون الا ما كان حملا وسيأتى ان بيع الحمل فاسد لا باطل (والنتاج) بكسر النون من نتجت الدابة على البناء للمفعول وهو حبل الحبلة (و) بيع (امة تبين انه) ذكر الضمير لتذكير الخبر (عبد وعكسه) وهو بيع عبد تبين انه امة فان الامة ليست بعبد وكذا العكس فيكون بيع معدوم وانما لم تكن هذه الاشياء مالا لان المال موجود يميل اليه الطبع ويجرى فيه البذل والمنع وهذه الاشياء ليست كذلك لان صفة المالية للشيء تثبت بتمول كل الناس او بعضهم اياه والتقوم انما يثبت باباحة الانتفاع به شرعا وقد يثبت صفة التقوم بلا صفة المالية فان حبة من الحنطة ليست بمال حتى لا يصح بيعها وان ابيح الانتفاع بها لعدم تمول الناس اياها كذا فى الكافى (ومتروك التسمية عامدا) فان قيل ينبغى ان يجوز العقد فيما ضم اليه لانه مجتهد فيه بخلاف الشافعى فيه كالمدبر فينفذ فيه البيع بقضاء القاضى قلنا حرمته منصوص عليها ولا مساغ للاجتهاد فى مورد النص فلا يعتبر خلافه ولا ينفذ بالقضاء كذا فى الكافى (وما فى حكمه) اى حكم ما ليس بمال عطف على ما ليس بمال (كام الولد والمكاتب والمدبر) فان بيع هؤلاء ايضا باطل لكن ليس كبطلان بيع الحر فانه باطل ابتداء وبقاء لعدم محليته للبيع اصلا لثبوت حقيقة الحرية وبيع هؤلاء باطل بقاء لحق الحرية لا ابتداء لعدم حقيقتها ولهذا جاز بيعهم

من انفسهم فبطل ماقيل لو بطل بيع هؤلاء لكان كبيع الحروالزم بطلان بيع القن المضموم البهم فى البيع كالمضموم الى الحر وذلك لانهم دخلوا فى البيع ابتداء لكونهم محلاله فى الجملة ثم خرجوا منه لتعلق حقهم فبقى القن بحصته من الثمن والبيع بالحصة بقاء جائز كامر بخلاف الحر فانه لم يدخل فى البيع لعدم المحلية لزم البيع بالحصة ابتداء وانه باطل كامر وسيأتى (وبيع مال) عطف على بيع ماليس بمال (غير متقوم كالخمر والخنزير وميته لم تمت حتف انفها) قيد هابه لتكون مالا كالخمر والخنزير حتى لو ماتت حتف انفها لاتكون مالا عند اهل الذمة ايضا (بالثمن) اى الدراهم والدنانير والفلوس النافقة متعلق بقوله وبيع مال وانما بطل بيعها بالثمن لانه لايفيد الحكم فى طرف المبيع فان المبيع هو الاصل فى البيع لتوقف البيع على وجوده بخلاف الثمن والاصل ليس محلا للتملك فكذا البيع لان ثبوته فى الذمة انما يكون حكما لتملكه بمقابلة تملك مال آخر فاذا لم يوجد ذلك لايثبت فى الذمة فلا يثبت فيه الملك لاستحالة ثبوت الملك فى المعدوم وان قوبلت بعين فسد البيع حتى يملك مايقابلها وان لم يملك عين الخمر والخنزير كما سيأتى (و) بطل ايضا (بيع قن ضم الى حر وذكية ضمت الى ميتة ماتت حتف انفها) قيدت به لتكون كالحر وانما بطل بيع القن والذكية (وان سمى ثمن كل) لان الحر غير داخل فى البيع اصلا لكونه غير مال وبضمه الى القن جعل شرطا لقبول القن وجعل غير المال شرطا لقبول المبيع مبطل للبيع وصح بيع قن ضم الى مدبر او قن غيره وملك ضم الى وقف لانهما محل البيع عند البعض فبطلانها لايسرى الى غيرها (وبيع مالا يجيزله حال العقد كبيع الصغير او وصيه ماله بغبن فاحش) قال فى العمادية فان كان بيعهم واجازاتهم يعنى الاب والجد ووصيهما والقاضى بمثل القيمة او باقل بقدر مايتغابن الناس بمثله جاز وان كان بقدر مالا يتغابن الناس فيه لايجوز ولا يتوقف على الاجازة بعد الادراك لان هذا عقد لا مجيزله حال العقد (وبيع نفى فيه الثمن) فانه اذا نفى فقد نفى الركن فلم يكن بيعا وقيل ينعقد لان نفيه لم يصح لانه نفى العقد واذا لم يصح نفيه صار كانه سكت عن ذكر الثمن ولو باع وسكت عنه ينعقد البيع ويثبت الملك بالقبض كما سيأتى (وحكمه) اى حكم البيع الباطل ان المبيع به لايملك) اى لايكون ملكا للمشترى لان الباطل لايترتب عليه الحكم بخلاف الفاسد كامر (فان هلك) المبيع (عند المشترى لم يضمن) لان المقبوض امانة عنده لان العقد اذا بطل بقى مجرد القبض باذن المالك وهو لايوجب الضمان الا بالتعدى وقيل يكون مضمونا لانه يصير كالمقبوض على سوم الشراء وهوان يسمى الثمن فيقول اذهب بهذا فان رضيت به اشتريته بماذكر اما اذا لم يسمه فذهب به فهلك عنده لايضمن نص عليه الفقيه ابو الليث قيل وعليه الفتوى كذا فى العناية ثم لما فرغ من بيان البيع الباطل شرع فى بيان الفاسد فقال (وفسد ما) اى بيع (سكت) اى وقع السكوت (فيه من الثمن) فان البيع لا يبطل به بل ينعقد ويثبت الملك بالقبض لان مطلق البيع يقتضى المعاوضة فاذا سكت كان غرضه القيمة فكانه باع بقيمته فيفسد ولا يبطل

(قوله وملك ضم الى وقف الخ) صرح رحمه الله ببطلان بيع الوقف واحسن بذلك وبجعله من قسم البيع الباطل اذ لاخلاف فى بطلان بيع الوقف لانه لايقبل التمليك والتملك وغلط من جعله فاسدا وافتى به من علماء القرن العاشر ورد كلامه فى عصره بجملة رسائل ولنا فيه رسالة وهى حسام الحكام متضمنة لبيان فساد قوله وبطلان فتواه (قوله فبطلانها) واضح برد مالك القن بيع الفضولى) لكن النسخة التى عبر فيها بضمير التثنية احسن لتعليله بانهما محل البيع عند البعض فيرجع الى المدبر والى الوقف وكان الاحسن التعليل بكونهما مالا لاطباق الفقهاء على عدم نفاذ بيع الوقف العامر من غير مسوغ الا ان يراد البيع فى الجملة كالمتلف وانما قلنا ذلك لان بيع قن الغير محل البيع عند الكل

(و) فسد ايضا (بيع عرض بالخمر وعكسه) لان مشترى العرض انما يقصد تملك العرض بالخمر وفيه اعزاز للعرض لا الخمر فبقى ذكر الخمر معتبرا فى تملك العرض لا فى حق نفس الخمر حتى فسدت التسمية ووجبت قيمة العرض لا الخمر وكذا اذا باع الخمر بالعرض بان ادخل الباء فى العرض اذ يعتبر شراء العرض لا الخمر لكونه مقايضة (و) فسد ايضا (بيعه) اى العرض (بام الولد والمكاتب والمدبر) حتى لو تقابضا ملك مشترى العرض العرض) لانهم يدخلون فى العقد حتى لا يبطل العقد فيما ضم الى واحد منهم وبيع معه ولو كانوا كالحر لبطل (و) فسد بيع (سمك لم يصد) لانه بيع ما لا يملكه (او صيد والقى فيما) اى حظيرة (لا يؤخذ منه الا بحيلة) لانه غير مقدور التسليم (وان اخذ بدونها صح) لانه مقدور التسليم (الا اذا دخل) فى الحظيرة بنفسه (ولم يسد مدخله) لعدم الملك (و) فسد ايضا بيع (طير فى الهواء) لانه قبل الاخذ غير مملوك فيكون الفساد بمعنى البطلان وبعده غير مقدور التسليم وانما قال (لا يرجع) لما قال الزيلعى اذا كان الطير يطير فى الهواء ولا يرجع لم يجز بيعه واما اذا كان له وكر عنده يطير منه فى الهواء ثم يرجع اليه جاز بيعه والحمام اذا علم عودها وامكن تسليمها جاز بيعها لانها مال مقدور التسليم (و) فسد ايضا بيع (الحمل) جعل بيع النتاج باطلا وبيع الحمل فاسدا لان عدم الاول مقطوع به وعدم الثانى مشكوك فيه (و) فسد ايضا بيع (امة الا حملها) لما تقرر ان ما لا يصح افراده بالعقد لا يصح استثناؤه فى العقد والحمل كذلك لانه بمنزلة اطراف الحيوان لاتصاله بها خلقة وبيع الاصل يتناولها فالاستثناء يكون على خلاف الموجب فلم يصح فيصير شرطا فاسدا والبيع يفسد به (و) فسد ايضا بيع (لبن فى ضرع) للغرر لاحتمال كونه نفاخا (ولؤلؤ فى صدف) للغرر (وصوف على ظهر الغنم) لان النبى صلى الله عليه وسلم نهى عنه (وجذع فى سقف وذراع من ثوب) اذا باع جذعا فى سقف او ذراعا من ثوب يعنى ثوبا يضره التبعيض كالقميص لا الكرباس فالبيع لا يجوز ذكر القطع او لا اذ لا يمكنه التسليم الا بضرر لم يوجبه العقد ومثله لا يكون لازما فيتمكن من الرجوع وتحقق المنازعة بخلاف ما لا يضره التبعيض كبيع عشرة دراهم من نقرة فضة وذراع من كرباس فان بيعه جائز لانتفاء المانع وبهذا التقرير يندفع ما يقال ان هذا الضرر مرضى به فينبغى ان لا يكون مفسدا ولو لم يكن الجذع معينا لا يجوز للزوم الضرر والجهالة ايضا ولو قطع البائع الذراع او قلع الجذع قبل ان يفسخ المشترى عاد البيع صحيحا لزوال المفسد قبل التقرر (وضربة القانص) وهو ما يخرج من الماء بضرب الشبكة مرة لانه مجهول (والمزابنة) وهو بيع التمر بالثاء المنقوطة بالثلاث على النخيل بتمر بالتاء المنقوطة بثنتين مجذوذ مثل كيله خرصا للنهى عنه ولشبهة الربا (والملامسة (والمنابذة)

(قوله وفسد بيع سمك لم يصد) الملقى وقال فى البرهان وبطل بيع السمك قبل صيده وفسد لو بالعرض اه لمحل الفساد لو بيع بما لا يثبت فى الذمة (قوله او صيد والقى الخ) قال فى التبيين وان اخذه ثم القاه فى حظيرة كبيرة بحيث لا يمكن اخذه الا بحيلة لا يجوز فلو سلمه بعد ذلك ينبغى ان يكون على الروايتين اللتين فى بيع الآبق بناء على انه باطل او فاسد اه (قوله وان اخذه بدونها صح) اقول وثبت له خيار الرؤية ولا يعتد برؤيته وهو الماء لانه يتفاوت فى الماء وخارجه كما فى التبيين (قوله الا اذا دخل فى الحظيرة بنفسه ولم يسد مدخله لعدم ملكه) مفهوم التعليل فيه تسامح اذ لا بد من قدرة التسليم مع الملك لانه لا يلزم من الملك الصحة كما لو اخذه والقاه فى حظيرة لا يقدر على اخذه منها الا بحيلة كما تقدم فيحمل على ما اذا دخل حظيرة يقدر على اخذه منها بلا حيلة فسدها (قوله فسد بيع طير فى الهواء) الكلام فيه كما فى السمك قبل صيده (قوله وانما قال لا يرجع الخ) اقول ما ذكره من التقييد عن الزيلعى خلاف ظاهر الرواية لما قال فى البرهان ولو كان يعنى الطير يذهب ويجئ كالحمام لا يجوز ايضا فى الظاهر (قوله وفسد بيع الحمل الخ) اقول صرح بفساده وفساد بيع النتاج فى الاختيار وفى الكنز عطفه على قوله لم يجز بيع الميتة فيحتمل ان يكون باطلا كالميتة وفى البرهان جعل بيع الحمل والنتاج من الباطل اه (قوله ولؤلؤ فى صدف) اقول فى الخانية لو اشترى لؤلؤة فى صدف قال ابو يوسف يجوز البيع وله الخيار اذا رآها وقال محمد لا يجوز وعليه الفتوى اه (قوله وضربة القانص) اقول هو من البيع الباطل له فى البرهان (قوله وهو ما يخرج من الماء بضرب الشبكة مرة) اقول فهو على هذا من القنص يقال قنص يقنص قنصا اذا صاد وروى فى تهذيب الازهرى انه نهى عن ضربة الغائص وهو الغواص على اللآلى وكذا رواه الزمخشرى فى الفائق حيث فسره بقوله هى ان يقول اغوص غوصة فما اخرجته فهو لك بكذا والمعنى فيهما واحد اه كما فى البرهان

والمنابذة والقاء الحجر) فانها بيوع كانت في الجاهلية بان يتساوم الرجلان على سلعة فاذا لمسها المشتري اونبذها اليه البائع اووضع المشتري عليها حصاة لزم البيع فالاول الملامسة والثاني المنابذة والثالث القاء الحجر وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن الاولين والحق بهما الثالث بدلالة النص (و) فسد ايضا بيع (الكلاء) بالقصر وهو ما تحويه الارض من النبات (كذا) اي يفسد ايضا (اجارته) اما فساد بيعه فلانه ورد على ما ليس بمملوك للبائع اذ بمجرد نبات الكلا في ارضه لا تنقطع شركة الناس عنه ولا يصير مملوكا له فيبقى على اصل الاباحة ما لم يوجد الاحراز قال صلى الله عليه وسلم الناس شركاء في ثلاث في الماء والكلاء والنار واما فساد اجارته فلورودها على استهلاك العين ومحل الاجارة المنافع دون الاعيان ولا يلزم الصبغ واللبن في استئجار الصباغ والظئر لان العين ثمة آلة لاقامة العمل المستحق بالاجارة والحيلة فيه ان يستأجر موضعا من الارض ليضرب فيه فسطاطا اوليجعلها حظيرة لغنمه فتصح الاجارة ويبيح صاحب المرعى الانتفاع له بالرعي فيحصل مقصودهما كذا في الكافي (والنحل) فان بيعه فاسد عند ابي حنيفة وابي يوسف وصحيح عند محمد اذا كان محرزا لانه حيوان منتفع به حقيقة وشرعا وان كان لا يؤكل كالبغل والحمار ولهما انه من الهوام فلا يجوز بيعه كالزنابير والانتفاع ليس به بل بما يخرج منه فلا يكون منتفعا به قبل الخروج (الامع كوارات فيها العسل) فحينئذ يجوز بيعه تبعا لها ذكره القدوري في شرحه وقال الكرخي لا يجوز معها ايضا لان الشيء انما يدخل في البيع تبعا لغيره اذا كان من حقوقه كالشرب والطريق كذا في الكافي (ودود القز وبيضه) فان بيعهما لا يجوز عند ابي حنيفة وابو يوسف معه في الدود ومع محمد في بيضه وقيل فيه ايضا معه لابي حنيفة ان الدود من الهوام وبيضه لا ينتفع به فاشبه الخنافس والوزغات وبيضهما ولمحمد ان الدود ينتفع به وكذا بيضه في المآل فصار كالجحش والمهر ولان الناس قد تعاملوه فمست الضرورة اليه فصار كالاستصناع (وبه يفتى) كذا في الكافي (والآبق) لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيعه ولانه غير مقدور التسليم (الا من زعم انه عنده) لان المنهي عنه بيع آبق مطلق وهو ان يكون آبقا في حق المتعاقدين وهذا غير آبق في حق المشتري فلو قال هو عند فلان فبعه مني لم يجز لانه آبق في حق المتعاقدين ولو باعه ثم عاد من الاباق لا يتم العقد وقيل يتم (ولبن امرأة) حرة كانت او امة لانه جزء الآدمي وهو بجميع اجزائه مكرم مصون عن الابتذال بالبيع وعن ابي يوسف انه يجوز بيع لبن الامة اذ يجوز ايراد العقد على نفسها فكذا جزؤها قلنا نفسها محل للرق لاختصاصه بمحل القوة التي هي ضده وهو الحي ولا حياة في اللبن (في وعاء) قدحا كان اوغيره قيد به دفعا لما عسى يتوهم ان بيعه في الضرع لا يجوز كسائر البان الحيوانات وفي الوعاء يجوز (وشعر الخنزير) لانه نجس العين فلا يجوز بيعه (وجاز الانتفاع به للخرز) ونحوه للضرورة فان الاساكفة يحتاجون في خرز النعال والاخفاف اليه لانه لا يتأتى الا به ولا ضرورة في شرائه لوجوده مباح الاصل ولو وقع في الماء القليل افسده عند ابي يوسف وعند محمد لا لان اطلاق الانتفاع به

(قوله والكلاء كذا اجارته) اقول بيعه باطل واجارته باطلة ايضا كافي البرهان (قوله وصحيح عند محمد الخ) اقول والفتوى على قول محمد كافي البحر عن الذخيرة والخلاصة (قوله وقال الكرخي الخ) اقول اجيب عنه بان التبعية لا تنحصر في الحقوق كالمفاتيح فالعسل تابع للنحل في الوجود والنحل تابع له في المقصود بالبيع كافي البحر (قوله وبه يفتى) اي بقول محمد (قوله وشعر الخنزير) اقول هو باطل كافي البرهان

دليل طهارته ولأبي يوسف ان الاطلاق للضرورة فلا تظهر الا في حالة الاستعمال وحالة الوقوع تغايرها (وشعر الانسان) لان الآدمي مكرم غير مبتذل فلا يجوز ان يكون شيء من اجزائه مهانا مبتذلا (كذا) اي كما لا يجوز بيعه لا يجوز (الانتفاع به) لما ذكر (وجلد الميتة قبل الدبغ) لانه غير منتفع به لقوله صلى الله عليه وسلم لا تنتفعوا من الميتة باهاب وهو غير المدبوغ منه (ويباع وينتفع به بعده) لانه طهر بالدباغ (كعظم الميتة وعصبها وصوفها واوبرها وقرنها) فان كلا منها يباع وينتفع به لكونه طاهرا باصل الخلقة لعدم حلول الحياة فيها كما مر في كتاب الطهارة (والفيل كالسبع) حتى يجوز بيع عظمه والانتفاع بعظمه وعند محمد نجس العين (و) فسد ايضا بيع (زيت على ان يوزن بظرفه ويطرح عنه بكل ظرف كذا رطلا بخلاف شرط طرح وزن الظرف) لان الشرط الاول لا يقتضيه العقد والثاني يقتضيه وذلك لان مقتضى العقد ان يخرج منه وزن الظرف فاذا طرح كذا رطلا يحتمل ان يكون اكثر من الظرف او اقل (الا اذا عرف ان وزنه كذا رطلا) فحينئذ يجوز لانه مقتضى العقد (اختلفا في الزق) يعني اشترى سمنا في زق ورد الظرف فوزن فجاء عشرة ارطال فقال البائع الزق غير هذا وهو خمسة ارطال (فالقول للمشتري) لان هذا الاختلاف اما ان يعتبر في تعيين الزق المقبوض او مقدار السمن فان كان الاول فالمشتري قابض والقول قول القابض ضمينا كان كالغاصب او امينا كالمودع وان كان الثاني فهو في الحقيقة اختلاف في مقدار السمن فيكون القول للمشتري لانه ينكر الزيادة والقول للمنكر مع يمينه (وشراء ما باع) عطف على قوله وبيع عرض اي فسد شراء ما باع (بالاقل) اي باقل مما باع (قبل النقد) اي قبل نقد الثمن الاول صورته اشترى جارية بالف حالة او نسيئة فقبضها ثم باعها من البائع بخمسمائة قبل نقد الثمن الاول فسد البيع الثاني وقال الشافعي يجوز لان الملك قد تم فيها بالقبض فصار البيع من البائع وغيره سواء وصار كما لو باع بمثل الثمن الاول او بالزيادة او بالعرض ولنا ان الثمن لم يدخل في ضمان البائع فاذا وصل اليه المبيع ووقعت المقاصة بقي له خمسمائة وهو بلا عوض بخلاف ما اذا باع بالعرض لان الفضل انما يظهر عند المجانسة (بخلاف ما ضم اليه وبيع المجموع بالثمن الاول قبل نقده) صورته اشترى جارية بخمسمائة ثم باعها واخرى معها من البائع بخمسمائة قبل نقد الثمن الاول فالبيع فاسد في التي اشتراها من البائع وصحيح في التي لم يشترها منه اذ لا بد ان يجعل بعض الثمن بمقابلة التي لم يشترها منه فيكون مشتريا للاخرى باقل مما باع وهو فاسد ولم يوجد هذا المعنى في صاحبتها ولا يشيع الفساد لانه باعتبار شبهة الربا فلو اعتبرت فيما ضمت اليها كان اعتبار الشبهة الشبهة وهي غير معتبرة (صح بيع الطريق حد) اي بين له طول وعرض (اولا) اي لم يحد اما الاول فظاهر واما الثاني فلانه اذا لم يبين يقدر بعرض باب الدار العظمى كذا في النهاية وعلى التقديرين يكون عينا معلوما فيصح بيعه (وهبته) وفي التتار خانية الطرق ثلاثة طريق الى الطريق الاعظم وطريق الى سكة غير نافذة وطريق خاص في ملك انسان فالطريق الخاص في ملك

(قوله وشعر الانسان) اقول بيعه باطل كرجيعه في الاصح الا اذا غلب عليه التراب او السرقين على الصحيح كما في البرهان (قوله وجلد الميتة) اقول الاظهر ان بيعه باطل كما في البرهان (قوله والفيل كالسبع) يعني عند ابي حنيفة وابي يوسف (قوله بخلاف ما اذا باع بالعرض) اقول والدراهم والدنانير هنا جنس واحد حتى لو كان العقد الاول بالدراهم فاشتراه بالدنانير وقيمتها اقل من الثمن الاول لم يجز استحسانا وجاز قياسا وهو قول زفر

الانسان لايدخل فى البيع من غير ذكره اما نصا او بذكر الحقوق او المرافق والطريقان الآخران يدخلان فى البيع من غير ذكر (لا بيع مسيل الماء وهبته) لانه مجهول اذ لا يدرى قدر مايشغله من الماء (وصح بيع حق المرور تبعا) للارض (بالاجماع ووحده فى رواية) وهى رواية ابن سماعة وفى رواية الزيادات لايجوز وصححه الفقيه ابو الليث بانه حق من الحقوق وبيع الحقوق بالانفراد لايجوز (والشرب كذلك) اى صح بيعه تبعا للارض بالاجماع ووحده فى رواية وهو اختيار مشايخ بلخ لانه نصيب من الماء ولم يجز فى اخرى وهو اختيار مشايخ بخارى للجهالة (لا بيع حق التسييل وهبته) لانه ان كان على السطح كان حق التعلى وقد مر ان بيعه باطل وان كان على الارض كان مجهولا لجهالة محله ووجه الفرق بين حق المرور على احدى الروايتين وحق التعلى يتعلق ان حق التعلى يتعلق بعين لاتبقى وهى البناء فاشبه المنافع وحق المرور يتعلق بعين تبقى وهى الارض فاشبه الاعيان (ولا) البيع (الى النيروز) معرب نوروز وهو اول يوم من الربيع (والمهرجان) وهو الخريف وانما لم يجز لان النيروز مختلف بين نيروز السلطان ونيروز الدهاقين ونيروز المجوس كذا فى الكفاية (و) الى (صوم النصارى وفطر اليهود اذا لم يعرفاه) اى المتبايعان خصوص اليوم لجهالة الاجل فاذا عرفاه جاز (بخلاف فطر النصارى بعدما شرعوا فى صومهم) لان مدته بالايام معلومة وهى خمسون يوما ذكره التمرتاشى (وقدوم الحاج والحصاد) بفتح الحاء وكسرها قطع الزرع (والدياس) وهو ان يوطأ الطعام بقوائم الدواب او نحوها (والقطاف) قطع العنب (والجذاذ) قطع ثمر النخل والصوف وانما لم يجز لانها تتقدم وتتأخر (ويكفل اليها) اى الى هذه الاوقات لان الجهالة اليسيرة متحملة فى الكفالة وهذه الجهالة يسيرة لاختلاف الصحابة رضى الله عنهم اجمعين فى انه يمنع جواز البيع اولا (وصح) اى البيع (ان اسقط الاجل قبل حلوله) لزوال المفسد قبل تقرره ولو باع مطلقا ثم اجل الثمن الى هذه الاوقات صح لان هذا تأجيل الدين والجهالة فى الديون متحملة (وبشرط) عطف على قوله الى النيروز اى ولا يصح البيع بشرط (لايقتضيه العقد وفيه نفع لاحدهما) اى احد العاقدين (او لمبيع يستحقه) اى النفع بأن يكون آدميا وانما فسد البيع بهذا الشرط لانهما اذا قصد المقابلة بين المبيع والثمن فقط خلا الشرط عن العوض وقد وجب بالبيع بالشرط فيه فكان زيادة مستحقة بعقد المعاوضة خالية عن العوض فيكون ربا وكل عقد شرط فيه الربا يكون فاسدا (كشرط ان يقطعه) اى المبيع وهو ثوب (البائع ويخيطه قباء) فانه شرط لايقتضيه العقد وفيه نفع لاحدهما (او) كشرط (ان يحذوه) اى المبيع وهو صرم (نعلا) يقال حذا الى نعلا اى عملها (او) كشرط (ان يشركها) اى النعل من التشريك اى يضع عليها الشراك وهو سيرها الذى على ظهر القدم كذا فى المغرب (وصح) البيع (فى النعل) استحسانا للتعامل فيه فصار كصبغ الثوب (او) كشرط (ان يستخدمه) اى المبيع وهو عبد هذا نظير شرط لايقتضيه العقد وفيه نفع للبائع وانما قال (شهرا) لما مر ان الخيار اذا كان ثلاثة ايام جاز ان يشترط

(قوله والطريقان الآخران يدخلان فى المبيع من غير ذكر) فيه نظر لانه يدافع ما قدمه من ان الطريق لاتدخل الا بذكر نحو كل حق ولا يكون الا فى طريق خاص فليتأمل (قوله كان حق التعلى) لعله كحق التعلى فليتأمل (قوله والجداد) بالدال المهملة خاص بالنخل وبالمعجمة عام فى قطع الثمار والجزاز بالزاى اى جز الصوف (قوله صح بيع الطريق) يخالفه ما قال فى الخانية ولا يجوز بيع مسيل الماء وهبته ولا بيع الطريق بدون الارض وكذلك بيع الشرب وقال مشايخ بلخ جائز اه ويخالفه ايضا قوله الآتى وفى رواية الزيادات (قوله وفى التتارخانية الخ) ليس مما الكلام فيه وينبغى ان يكون بعد قوله وصح بيع حق المرور تبعا (قوله فالطريق الخاص فى ملك انسان الخ) فيه نظر لانه اذا كان مملوكا لاجنبى لايملك المرور فيه الا بالاباحة وليست لازمة للتملك للمشترى فان اريد الخاصة ملك انسان بها صح لكن لايخرج عن كونها فى سكة غير نافذة (قوله وصح ان اسقط الاجل قبل حلوله) يعنى ان اسقط الاجل من له الحق وهو المشترى لانه حقه فينفرد باسقاطه ولا يشترط فيه التراضى وقول القدورى فى مختصره فان تراضيا باسقاط الاجل وقع اتفاقا كما فى التبيين

فيه الاستخدام (او يدبره او يكاتبه او يستولدها او لا يخرج القن) عبدا كان او امة (عن ملكه) هذا مثال لشرط لا يقتضيه العقد وفيه نفع للمبيع وهو يستحقه فان القن يعجبه ان لا تتداوله الايدى فيوجد زيادة خالية عن العوض فيفسد البيع وفرع على الاصل المذكور بقوله (فصح) اى البيع (بشرط يقتضيه العقد كشرط الملك للمشترى او لا يقتضيه) العقد (ولا نفع فيه لاحد كشرط ان لا يبيع الدابة المبيعة) فانها ليست بأهل للنفع (جاز امر المسلم ذميا ببيع خمر او خنزير وشرائهما او) امر (المحرم غيره) اى غير المحرم (ببيع صيده) وقالا لا يجوز لان الموكل لا يليه بنفسه فلا يوليه غيره كتوكيل المسلم مجوسيا بتزويج مجوسية ولان ما يثبت للوكيل ينتقل الى الموكل فصار كانه باشره بنفسه وله ان المعتبر فى هذا الباب اهليتان اهلية الوكيل وهى اهلية التصرف فى المأمور به وللنصرانى ذلك واهلية الموكل وهى اهلية ثبوت الحكم له وللموكل ذلك حكما للعقد لئلا يلزم انفكاك الملزوم من اللازم الا يرى الى صحة ثبوت ملك الخمر للمسلم ارثا اذا اسلم مورثه النصرانى ومات عن خمر وخنزير وايضا العبد المأذون له النصرانى اذا اشترى خمرا يثبت الملك فيها لمولاه المسلم اتفاقا واذا ثبت الاهليتان لم يمتنع العقد بسبب الاسلام لانه جالب لا سالب ثم الموكل به ان كان خمرا خلله وان كان خنزيرا سيبه وقد قالوا هذه الوكالة مكروهة اشد الكراهة (وحكمه ان المشترى اذا قبض المبيع برضا بائعه صريحا او دلالة) بان قبضه فى مجلس العقد بحضرته ولم ينهه (ملكه) وقال الشافعى لا يملكه وان قبضه لانه حرام فلا ينال به نعمة الملك ولان النهى نسخ للمشروعية لتناف بينهما ولهذا لا يفيده قبل القبض وصار كما اذا باع بالميتة او باع الخمر بالدراهم ولنا ان ركن البيع صدر من اهله ووقع فى محله فوجب القول بانعقاده ولا شك فى الاهلية والمحلية وركنه مبادلة المال بالمال وهو حاصل والنهى عن الافعال الشرعية يقتضى تقرير المشروعية لانه يقتضى تصور المنهى عنه اذ النهى عما لا يتصور لغو وتحقيقه ما ذكرت فى مرقاة الاصول ان مدار الامر والنهى المقدورية من الافعال الحسية يقتضى كونها مقدورة حسا ومن الامور العقلية يقتضى كونها مقدورة عقلا ومن الافعال الشرعية يقتضى كونها مقدورة شرعا والا كان عبثا محضا فان الطيران من الامور الحسية فاذا قلت لشخص لا تطر ينكره كل من يسمعه لانتفاء القدرة وكذا اذا قلت للاعمى لا تبصر والبيع من الافعال الشرعية فاذا نهى عنه وجب ان يكون مقدورا شرعا وهو المعنى بقول علمائنا النهى عن الفعل الشرعى يقتضى المشروعية باصله وغير المشروعية بوصفه فان الاول ناظر الى المقدورية شرعا والثانى الى النهى فنفس البيع مشروع وبه ينال نعمة الملك انما الحرمة لامر عارض وعدم ثبوت الملك قبل القبض حذرا عن تقرير الفساد المجاور لانه واجب الدفع بالاسترداد فبالامتناع عن المطالبة اولى لان الدفع اسهل من الرفع والميتة ليست بمال فانعدم الركن وان كان الخمر مثمنا فقد مر وجهه (ولزمه) اى ان هلك المقبوض فى يد المشترى لزمه (مثله حقيقة) وهو الذى يماثله صورة ومعنى ان كان الهالك مثليا (او) مثله (معنى) فقط وهو القيمة ان كان الهالك قيميا لانه مضمون

(قوله جاز امر المسلم ذميا ببيع خمر الخ) يعنى عند ابى حنيفة مع الكراهة المذكورة (قوله وقالا لا يجوز) هو الاظهر والمراد بنفى الجواز البطلان لما قال فى البرهان وتوكيل مسلم ذميا بشراء خمر وبيعها ومحرم حلالا ببيع صيد مكروه عندنا وابطاله وهو الاظهر اه (قوله وحكمه ان المشترى اذا قبض المبيع برضى بائعه صريحا) الصريح يشمل ما بعد المجلس (قوله او دلالة بأن قبضه فى مجلس العقد) قصر الدلالة قاصر لانها تشمل ما بعد المجلس اذا كان الثمن مقبوضا نص عليه فى البحر والمتن يحتمله (قوله ملكه) اقول لكن لا يحل للمشترى الانتفاع به فانه مكروه كراهة التحريم وقال الكمال والوجه ان يكون الانتفاع به حراما كبيع واكل ووطء واذا رد او استرد لزمه العقر للبائع اه وقال الاتقانى فى غاية البيان لو استولدها صارت ام ولده ويغرم القيمة ولا يغرم العقر فى رواية كتاب البيوع واحدى الروايتين فى كتاب الشرب وفى رواية اخرى فى كتاب الشرب عليه العقر اه واقول فى لزوم العقر تأمل لان ملك المشترى حاصل بتسليط من البائع سواء قلنا يملكه العين على الصحيح او قلنا يملكه المنفعة فقط على رأى العراقيين (قوله وان كان الخمر مثمنا فقد مر وجهه) والوجه انها لما كانت مبيعا مقصودا بجعل ثمنها دراهم والخمر لم يكن محلا للتمليك بطل بيعها واذا كانت مبيعا من وجه بمقابلها بعرض فسد فيه ووجب قيمته لكونه مبيعا من وجه وهو محل للتمليك

بالقبض كالغصب ويعتبر قيمته يوم القبض وان زادت قيمته فى يده فأتلفه لانه دخل فى ضمانه بالقبض فلا يعتبر كالمغصوب كذا فى الكافى (ويجب على كل منهما) اى المتبايعين لم يقل لكل منهما اشارة الى وجوب الفسخ واللام تفيد الجواز (فسخه قبل القبض) دفعا للفساد (كذا بعده) اى بعد القبض (مادام) اى المبيع (فى يد المشترى) لم يقل ان كان الفساد فى صلب العقد كبيع درهم بدرهمين ولمن له الشرط ان كان بشرط زائد لما نقل صدر الشريعة عن الذخيرة وصاحب الخلاصة عن التجريد انه قول محمد واما عندهما فلكل منهما حق الفسخ لان الفسخ لحق الشرع لا لحق احد المتعاقدين فانهما راضيان بالعقد (فان باعه) اى باع المشترى شراء فاسدا ماقبضه (او وهبه وسلمه او اعتقه نفذ بيعه وهبته واعتاقه) لانه لما ملكه ملك التصرف فيه فلا يتصور الفسخ فيه لتعلق حق العبد بالتصرف الثانى وفسخ البيع الاول كان لحق الشرع وحق العبد مقدم لحاجته (فعليه قيمته) لما مر انه مضمون بالقبض كالغصب والكتابة والرهن كالبيع لانهما لازمان فيثبت عجزه من رد العين فيلزمه القيمة الا ان حق الاسترداد يعود بعجز المكاتب وفك الرهن لزوال المانع قبل تحول الحق الى القيمة كذا فى الكافى (ولا يشترط القضاء فى فسخ الفاسد) لان الواجب شرعا لا يحتاج الى القضاء (ولا يبطل حق الفسخ بموت احدهما) اى احد من البائع والمشترى وبه يفتى كذا فى الخلاصة وفيه زيادة تفصيل فمن اراده فلينظر ثمة (ولا يأخذه البائع) اى لا يأخذ المبيع بائعه بعد الفسخ (حتى يرد ثمنه) لان المبيع مقابل به فيصير محبوسا به كالرهن (فان مات) اى البائع (فالمشترى احق به) اى بما اشتراه (حتى يأخذ ثمنه) لانه مقدم عليه فى حياته فكذا على ورثته وغرمائه بعد وفاته كالمرتهن ثم ان كانت دراهم الثمن قائمة يأخذها بعينها لانها تتعين فى البيع الفاسد فى الاصح وان كانت مستهلكة اخذ مثلها لانها مثلية (طاب للبائع ماربح فى الثمن لا للمشترى فى المبيع) صورته اشترى جارية بشراء فاسدا وتقابضا فباعها وربح فيها تصدق بالربح ويطيب للبائع ماربح فى الثمن قال فى الهداية والفرق ان الجارية مما يتعين فيتعلق العقد بها فيتمكن الخبث فى الربح والدراهم والدنانير لا يتعينان فى العقود فلم يتعلق العقد الثانى بعينها فلم يتمكن الخبث فلا يجب التصدق وقال صدر الشريعة فان قيل ذكر فى الهداية فى المسئلة السابقة فيما اذا كانت دراهم الثمن قائمة يأخذها بعينها لانها تتعين بالتعيين فى البيع الفاسد وهو الاصح لانه بمنزلة الغصب فهذا يناقض ماقلتم من عدم تعين الدراهم والدنانير قلنا يمكن التوفيق بينهما بان لهذا العقد شبهين شبه الغصب وشبه البيع فاذا كانت قائمة اعتبر شبه الغصب سعيا فى رفع العقد الفاسد فاذا لم تكن قائمة فاشترى بها شيأ يعتبر شبه البيع حتى لا يسرى الفساد الى بدله لما ذكرنا من شبهة الشبهة اقول لا يخفى على المتأمل المنصف ان ماذكر لا يفيد التوفيق بين كلامى الهداية وانما يفيد دليلا للمسئلة لا يرد عليه مايرد على الهداية فالوجه ماقال فى العناية انه انما يستقيم على الرواية الصحيحة وهى انها لا تتعين لا على الاصح وهى مامر انها تتعين فى البيع الفاسد اما ان الخبث فى المال

(قوله لانه مقدم عليه فى حياته) فكذا على ورثته كذا يقدم على تجهيزه كافى التبيين (قوله واذا لم تكن قائمة فاشترى بها شيأ يعتبر شبه البيع بشرائه بها وهى معدومة وفى نسخة بالواو الحالية فلا اعتراض

(قوله ووقف بيع مال الغير على اجازته) فان اجاز نفذ البيع عليه وظاهره انه لافرق بين بيعه بما يتعين او بغيره وليس مرادا فانه قال فى الخانية رجل باع عبد غيره بغير اذن المولى بعرض بعينه او بشئ بعينه سوى الدارهم والدنانير ثم اجاز مولى العبد جاز بيعه والمشترى بالعبد يكون للمشترى وعليه قيمة العبد لمولاه فان اشتراء ذلك الشئ لا يتوقف وكان مشتريا لنفسه قاضيا ثمنه بالعبد بان المولى فيكون المشترى بالعبد له اه فبهذا يعلم ان محل لزوم البيع على المالك فيما اذا بيع بما لا يتعين فليتنبه له فانه مما يغفل عنه (قوله وبيع ماله الخ) هذا التركيب فيه نظر والمسئلة من الخانية الصبى المحجور اذا بلغ سفيها يتوقف بيعه وشراؤه على اجازة الوصى او القاضى اه وفى الخلاصة اذا باع ماله وهو غير رشيد يتوقف على اجازة القاضى اه (قوله وبيع المرهون والمستأجر) هذا فى اصح الروايات الا ان المرتهن يملك نقض البيع ويملك اجازته والمستأجر يملك الاجازة لا الفسخ وسيذكر المصنف فى الرهن ان المرتهن ان فسخ لم ينفسخ فى الاصح (قوله ولو تفاسخا الخ) يخالفه ما قال فى الخانية فان لم يجز المستأجر حتى انفسخت الاجارة بينهما نفذ البيع السابق وكذا المرتهن اذا لم يفسخ البيع حتى فك الرهن ينفذ البيع اه والذى فى قاضيخان نفذ البيع ولا يفسد وحينئذ فلا مخالفة بين كلام المصنف وقاضيخان (قوله وبيع الشئ برقمه) من قبيل الفاسد لا الموقوف (قوله ان علم فى مجلس البيع نفذ) فيه نظر لان النافذ لازم وهذا فيه الخيار بعد العلم بقدر الثمن فى المجلس (قوله وان تفرقا قبل العلم بطل) غير مسلم لان هذا فاسد يفيد الملك بالقبض وعليه قيمته بخلاف الباطل (قوله وان كان

نوعان خبث لعدم الملك ظاهرا وخبث لفساد فى الملك والمال ايضا نوعان ما يتعين كالعروض ومالا يتعين كالنقود فالخبث لعدم الملك يعمل فى النوعين كالمودع والغاصب اذا تصرف فى العرض او النقد وربح يتصدق بالربح عند ابى حنيفة ومحمد لتعلق العقد بما الغير ظاهرا فيما يتعين فيتمكن حقيقة الخبث وفيما لا يتعين تمكن شبهة الخبث لتعلق العقد به من حيث تكون سلامة المبيع به او تقدير الثمن فصار ملك الغير وسيلة الى الربح من وجه فيتمكن فيه شبهة الخبث واما الخبث لفساد الملك فيعمل فيما يتعين لا فيما لا يتعين لان فساد الملك دون عدم الملك فينقلب حقيقة الخبث فيما يتعين ثمة شبهة ههنا فتعتبر وشبهته فيما لا يتعين ثمة تنقلب شبهة الشبهة هنا فلا تعتبر (كالطاب ربح مال ادعاه فقضى ثم ظهر عدمه بالتصادق) صورته ادعى على رجل مالا فقضاه فربح فيه المدعى ثم تصادقا على ان هذا المال ليس على المدعى عليه فالربح طيب لان الخبث هنا لفساد الملك لان الدين وجب بالاقرار ثم استحق بالتصادق وبدل المستحق مملوك فلا يعمل فيما لا يتعين (بنى فى دار شراها فاسدا اوغرس) فى ارض شراها فاسدا (لزمه قيمتهما) اى قيمة الدار والارض وقالا ينقض البناء وترد الدار وكذا الغرس لان حق الشفيع اضعف من حق البائع اذ يحتاج فيه الى القضاء او الرضا ويبطل بالتأخير ولا يورث بخلاف حق البائع والاضعف اذا لم يبطل بشئ الاقوى اولى ان لا يبطل به وحق الشفيع لا يبطل بالبناء والغرس فحق البائع كذلك وله ان البناء والغرس حصلا للمشترى بتسليط من جهة البائع فكل ما هو كذلك ينقطع به حق الاسترداد كالبيع الحاصل من المشترى بخلاف الشفيع اذ التسليط لم يوجد منه ولهذا لو وهبها المشترى لم يبطل حق الشفيع وكذا لو باعها من آخر فانه يأخذ بالشفعة بالبيع الثانى بالثمن او بالاول بالقيمة وان لم يكن فى الفاسد شفعة لان حق البائع قد انقطع ههنا وعلى هذا صار حق الشفيع لعدم التسليط منه اقوى من حق البائع لوجوده منه ثم لما فرغ من بيان البيع الفاسد واحكامه شرع فى بيان البيع الموقوف واحكامه فقال (ووقف بيع مال الغير) على اجازته (و) بيع (العبد والصبى المحجورين) على اجازة مولاه وعلى اجازة الاب او الوصى (و) بيع (ماله فاسد عقل غير رشيد) على اجازة القاضى (وبيع المرهون والمستأجر وارض فى مزارعة الغير) على اجازة المرتهن والمستأجر والمزارع ولو تفاسخا الاجارة لزمه ان يسلمه الى المشترى وكذا لو قضى الراهن المال او ابرأه المرتهن ورد الرهن عليه ثم البيع (وبيع شئ برقمه) والبائع يعلم المشترى لا يعلم توقف ان علم المشترى فى مجلس البيع نفذ وان تفرقا قبل العلم بطل (وبيع المبيع من غير المشترى) يعنى باع شيأ من زيد ثم باعه من بكر لا ينعقد الثانى حتى لو تفاسخا الاول لا ينفذ الثانى لكن يتوقف على اجازة المشترى ان كان بعد القبض وان كان قبله فى المنقول لا ان العقار فعلى الخلاف المعروف الذى سيأتى (و) بيع (المرتد) عند ابى حنيفة وقدم

قبله فى المنقول لا فى العقار) سقط منه حرف الواو فى العقار فاختل والخلاف المعروف فى بيع العقار قبل قبضه لا كما ذكر هنا لكن (فى) قد يقال لما كان الحكم متحدا ساغ هذا التعبير وعبارة الخلاصة وان كان قبل القبض فى المنقول لا وفى العقار على الخلاف المعروف اه

فى بابه (و) البيع (بماباع فلان) والبائع يعلم والمشترى لايعلم ان علم فى المجلس صح والا بطل (والبيع بمثل مايبيع الناس به او بمثل مااخذ به فلان) ذكر فى شرح الشافى انه لايجوز وفى نسخة الامام السرخسى هذا اذا لم يعلم المشترى بذلك فان علم فى المجلس فعن ابى حنيفة فيه روايتان وبيع الشئ بقيمته لم يجز للجهالة ولو عينت فى المجلس جاز (وبيع فيه خيار المجلس) وقدمر فى اول البيوع (وبيع الغاصب) فانه موقوف على اجازة المالك ان اقر به الغاصب تم البيع وان جحد وللمغصوب منه بينة فكذلك وان لم تكن ولم يسلمه حتى هلك ينتقض البيع (وحكمه) اى حكم البيع الموقوف (انه انما يقبل الاجازة اذا كان البائع والمشترى والمبيع قائما) المراد بكون المبيع قائما ان لايكون متغيرا بحيث يعد شيأ آخر فانه لو باع ثوب غيره بغير امره فصبغه المشترى فاجاز رب الثوب البيع جاز ولو قطعه وخاطه ثم اجاز البيع لايجوز لانه صار شيأ آخر (كذا الثمن لو) كان (عرضا) اى كما يشترط قيام المبيع يشترط قيام الثمن ايضا اذا كان عرضا (وصاحب المتاع ايضا) اى كما يشترط قيام المبيع والثمن المذكورين يشترط قيام صاحب المتاع المبيع حتى لو باع متاع غيره فمات صاحب المتاع قبل ان يجيز البيع فاجاز وارثه لايجوز (و) حكمه ايضا (ان اخذ الثمن) اى اخذ المالك الثمن (او طلبه) من المشترى (ليس باجازة) للبيع الموقوف (واختلف فى احسنت) فقيل اجازة وقيل لا (و) قوله (لااجيز رد له) اى للبيع الموقوف بخلاف المستأجر فانه اذا قال لااجيز بيع الاجير ثم اجاز جاز كل ذلك من الخلاصة * ثم لما فرغ من البيع الموقوف واحكامه شرع فى بيان البيع المكروه وحكمه فقال (وكره البيع عند الاذان الاول للجمعة) لان فيه اخلالا بواجب السعى اذا قعدا او وقفا يتبايعان واما اذا تبايعاوهما يمشيان فلا كراهة (و) كره (النجش) وهو ان يزيد فى الثمن ليرغب غيره ولا يريد الشراء لقوله صلى الله عليه وسلم لاتناجشوا (و) كره (السوم على سوم غيره بعد رضاهما بثمن) لقوله صلى الله عليه وسلم لايستام الرجل على سوم اخيه ولا يخطب على خطبة اخيه فانه نهى بصيغة النفى وهو ابلغ فاما اذا ساومه بشئ ولم يركن احدهما الى صاحبه فلا بأس للغير ان يساومه ويشتريه فانه بيع من يزيد ولذا قال (بخلاف بيع من يزيد) فانه جائز لورود الاثر وهو محمل النهى فى الخطبة ايضا (و) كره ايضا (تلقى الجلب) اى ان يتلقى بعض اهل البلد المجلوب من خارج البلد اليه من الطعام (المضر لاهل البلد) للنهى عنه ولان فيه تضييق الامر على الحاضرين فان كان لايضر فلا بأس به الا اذا لبس السعر على الواردين واشترى بأقل من القيمة

(قوله او بمثل مااخذ فلان) مستغنى عنه بقوله قبله والبيع بماباع فلان وهذا من قبيل الفاسد لا الموقوف (قوله ان علم فى المجلس صح) اى وله الخيار (قوله والا بطل) غير مسلم فانه فاسد يفيد الملك بالقبض كما تقدم (قوله فى شرح الشافى انه لايجوز) يعنى فيكون فاسدا فان علم الثمن فى المجلس خير (قوله وبيع الشئ بقيمته ﴿١٧٧﴾ لم يجز للجهالة) فوجبه الفساد لا التوقف كما فى المعطوف عليه فشرحه خير من متنه (قوله ولو عينت فى المجلس جاز) اى لارتفاع الفساد وتخير المشترى فيه (قوله وبيع فيه خيار المجلس) ليس من الموقوف والخيار المشروط المقدر بالمجلس صحيح وله الخيار مادام فيه واذا شرط الخيار ولم يقدر اجل كان له الخيار بذلك المجلس فقط كما فى الفتح (قوله وقدمر فى اول البيوع) ذلك خيار المجلس الذى لم يشترط فى العقد لانقول به خلافا للشافعى رحمه الله تعالى اما المشروط فيه تصحيح اتفاقا (قوله ان اقر به الغاصب تم البيع الخ) فيه تسامح (قوله وحكمه انه انما يقبل الاجازة اذا كان البائع والمشترى والمبيع قائما) اقول هذا بخلاف النكاح اذ لايشترط فيه قيام الزوج كما فى الخلاصة (قوله كذا الثمن لو كان عرضا) اقول وتكون الاجازة اجازة نقد لا اجازة عقد لان الشراء لايتوقف اذا وجد نفاذا وهو نافذ هنا على الفضولى وصار مستقرضا عرض المجيز ضمنا فعليه قيمته له وقرض القيمى ضمنا جائز كما فى الفتح وغاية البيان واما اذا كان الثمن غير عرض فالثمن يكون للمجيز وهى اجازة عقد كما قدمناه وظاهره شمول بيع النقد بالنقد صرفا فيكون اجازة عقد فليتأمل (قوله وحكمه ايضا ان اخذ الثمن او طلبه ليس باجازة) فيه نظر فان عبارة الخلاصة ثم فى البيع الموقوف اذا اخذ الثمن او طلبه يكون اجازة وهو الصواب (قوله كل ذلك من الخلاصة) فيه التأمل الذى علمته (درر ٢٣ ثى) ومن هذا القبيل قول قاضيخان ومن البيوع الموقوفة البيع بشرط الخيار (قوله واما اذا تبايعا وهما يمشيان فلا كراهة) قال الزيلعى رحمه الله تعالى وهذا مشكل فان الله تعالى قد نهى عن البيع مطلقا فمن اطلقه فى بعض الوجوه يكون تخصيصا وهو نسخ فلا يجوز بالرأى. (قوله وكره النجش) بفتحتين وروى بالسكون وانما يكره فيما اذا كان الراغب فى السلعة يطلبها بمثل ثمنها اما اذا طلبها بدون ثمنها فلا بأس بان يزيد الى ان تبلغ قيمتها (قوله وهو محمل النهى فى الخطبة) يتأمل فى مرجع ضميره وافادته حكمه

(وبيع الحاضر للبادى زمان القحط) لقوله صلى الله عليه وسلم لا يبيع الحاضر للبادى وهذا اذا كان اهل البلد فى قحط وهو يبيع من اهل البدو رغبة فى الثمن الغالى فيكره لانه اضرار بهم فان لم يكن كذلك فلا بأس به لعدم الاضرار وقيل صورته ان يجئ البادى بالطعام الى مصر فيتوكل الحاضر من البادى ويبيع الطعام ويغالى السعر على الناس فانه منهى عنه فانه لو تركه لباع بنفسه ورخص فى السعر (والتفريق بين صغير وذى رحم محرم منه) لقوله صلى الله عليه وسلم من فرق بين والدة وولدها فرق الله تعالى بينه وبين احبته يوم القيامة ووهب صلى الله عليه وسلم لعلى غلامين صغيرين ثم قال له ما فعل الغلامان فقال بعت احدهما فقال صلى الله عليه وسلم ادرك ادرك ويروى اردد اردد ولان الصغير يستأنس بالصغير وبالكبير والكبير يتقى على الصغير ويقوم بحوائجه باعتبار الشفقة الناشئة من قرب القرابة فكان فى بيع احدهما قطع الاستئناس والمنع من التعاهد وفيه ترك المرحمة على الصغار وقد اوعد عليه (بخلاف الكبيرين) اذ ليس هنا ترك المرحمة عليهما (والزوجين) لان النص معلول بالقرابة المحرمة للنكاح حتى لا يدخل فيه محرم غير قريب ولا قريب غير محرم ولا بد من اجتماعهما فى ملكه حتى لو كان احد الصغيرين له والآخر لغيره لا بأس ببيع واحد منهما ولو كان التفريق بحق مستحق لا بأس به كدفع احدهما بالجناية وبيعه بالدين ورده بالعيب لان المنظور اليه دفع الضرر عن غيره لا الاضرار به (وحكمه) اى حكم البيع المكروه (انه لا يفسد) لان النهى باعتبار معنى مجاور للبيع لا فى صلبه ولا فى شرائط صحته ومثل هذا النهى لا يوجب الفساد بل الكراهة (ولا يجب فسخه) لان وجوبه فى الفاسد لدفع الحرمة ولا حرمة ههنا (ويملك المبيع قبل القبض) لما مر ان عدم ثبوت الملك قبل القبض فى البيع الفاسد حذرا عن تقرير الفساد المجاور ولا فساد ههنا (ويجب الثمن لا القيمة) ان هلك المقبوض فى يد المشترى لان وجوب المثل او القيمة فى البيع الفاسد لكونه فى حكم الغصب وهذا ليس كذلك

باب الاقالة

(وهى) لغة الاسقاط والرفع وشرعا (رفع البيع وتصح بلفظين احدهما مستقبل) فى شرح القدورى الاقالة تثبت بلفظين احدهما يعبر به عن الماضى والآخر عن المستقبل كقول الرجل اقلنى ويقول صاحبه اقلتك وقال محمد هى كالبيع لا تصح الا بلفظين يعبر بهما عن الماضى وفى الفتاوى اختار قول محمد كذا فى الخلاصة (وتتوقف على قبول الآخر فى المجلس) فى التجريد يتوقف قبول الاقالة على المجلس وكما يصح قبولها فى مجلسها نصا بالقول يصح قبولها دلالة بالفعل كما اذا قطعه قميصا فور مقالة المشترى (وهى فسخ فيما هو من موجبات العقد) قال الزيلعى قولهم فسخ فى حق المتعاقدين غير مجرى على اطلاقه لانه انما يكون فسخا فيما هو من موجبات العقد من غير شرط واما اذا لم يكن منها بل وجب بشرط زائد فالاقالة فيه تعتبر بيعا جديدا فى حق المتعاقدين ايضا كما اذا اشترى بالدين المؤجل عينا (قبل)

والاستيلاد والكتابة وله اعتاق احدهما وبيعه ممن حلف بعتقه ان اشتراه او ملكه

باب الاقالة

قال العينى هى مصدر من اقال اجوف يائى ومعناه القلع والرفع اه وقال الكمال قيل الاقالة من القول والهمزة للسلب فاقال بمعنى ازال القول الاول وهو البيع كاشكاه ازال شكايته ودفع بانهم قالوا قلته بالكسر فهو يدل على ان عينه ياء لا واو فليس من القول ولانه ذكر الاقالة فى الصحاح من القاف مع الياء لا مع الواو وايضا ذكر فى مجموع اللغة قال البيع قيلا واقالة فسخه اه وكذا ذكره مثله العينى مصرحا بانه لو كان من القول لقيل قلته بالضم (قوله وتصح بلفظين) قال الكمال ولا يتعين مادة قاف لام بل لو قال تركت البيع وقال الآخر رضيت او اجزت تمت ويجوز قبول الاقالة دلالة بالفعل كما اذا قطعه قميصا فى فور قول المشترى اقلتك وتنعقد بفاسختك وتاركتك اه فقوله الجوهرة ولا تصح الا بلفظ الاقالة حتى لو قال البائع للمشترى بعنى ما اشتريت منى بكذا فقال بعت فهو بيع بالاجماع فيراعى فيه شرائط البيع اه ليس المراد به حصر جوازها بلفظ الاقالة دون المتاركة والدلالة بل الاحتراز عن عدم حصولها بلفظ البيع اه (قوله الاقالة تثبت بلفظين احدهما يعبر به عن الماضى) اى عند ابى حنيفة وابى يوسف لمقابلته بقول محمد وبه صرح فى الجوهرة وهكذا ذكره فى الدراية والذى فى فتاوى قاضيخان ان قول ابى حنيفة كقول محمد اه كذا فى الفتح (قوله وفى الفتاوى اختار قول محمد) يجعله المصنف مقابلا لما مشى عليه متنا ورجح قول محمد ايضا كون الامام معه على ما فى قاضيخان

قبل حلول الاجل ثم تقايلا عاد الدين حالا كانه باعه منه وكما اذا تقايلا ثم ادعى رجل ان المبيع ملكه وشهد المشترى بذلك لم تقبل شهادته كانه هو الذى باعه ثم شهد انه لغيره ولو كانت فسخا قبلت الا يرى ان المشترى لو رد المبيع بعيب بقضاء وادعى المبيع رجل وشهد المشترى بذلك تقبل شهادته اذ بالفسخ عاد ملكه القديم فلم يكن متلقيا من جهة المشترى لكونه فسخا من كل وجه وفرع على كونها فسخا فروعا ذكر الاول بقوله (فبطلت) اى الاقالة (بعد ولادة المبيعة) لامتناع الفسخ بسبب الزيادة ولو كانت بيعا محضا لجاز قالوا هذا اذا ولدت بعد القبض واما اذا ولدت قبله فالاقالة صحيحة عنده وذكر الثانى بقوله (وصحت بمثل الثمن الاول الا اذا باع المتولى او الوصى شيأ باكثر من قيمته) حيث لا يجوز اقالته وان كان بمثل الثمن الاول رعاية لجانب الوقف وحق الصغير (وان) وصلية (شرط غير جنسه) اى جنس الثمن الاول (او اكثر منه) اى من الثمن الاول (او الاقل) اى صحت الاقالة بمثل الاول وان شرط غيره اما الاول فلان الاقالة فسخ والفسخ لا يكون الا على الثمن الاول واما الثانى فلان الشرط فاسد والاقالة لا تفسد بالشرط الفاسد كما يأتى (الا اذا تعيب) اى المبيع عند المشترى استثناء من قوله او الاقل فان الاقالة حينئذ تجوز باقل من الثمن الاول لان نقصان الثمن يكون بمقابلة الفائت بالعيب وذكر الثالث بقوله (ولا تفسد بالشرط) لان فساد البيع به للزوم الربا كما مر ولا ربا فى الفسخ وذكر الرابع بقوله (وجاز للبائع بيع المبيع قبل قبضه) يعنى اذا تقايلا ولم يرد المشترى المبيع حتى باعه منه ثانيا جاز ولو كانت بيعا لفسد لانه باعه قبل القبض ولو باعه من غير المشترى لم يجز لانه بيع جديد فى حق غيرهما وذكر الخامس بقوله (و) جاز (بيع المكيل والموزون بلا اعادة الكيل والوزن) يعنى اذا كان المبيع مكيلا او موزونا وقد باعه منه بالكيل او الوزن ثم تقايلا واسترد المبيع من غير ان يعيد الكيل او الوزن جاز ولو كانت بيعا لم يجز وذكر السادس بقوله (و) جاز (هبة المبيع للمشترى بعد الاقالة قبل القبض) يعنى اذا وهب المبيع من المشترى بعد الاقالة القبض جازت الهبة ولو كانت بيعا لم تجز لان البيع ينفسخ بهبة المبيع للبائع قبل القبض (وبيع فى حق ثالث) عطف على قوله فسخ قال فى النهاية الخلاف فيما اذا ذكر الفسخ بلفظ الاقالة ولو ذكر بلفظ المفاسخة او المتاركة لا يجعل بيعا اتفاقا اعمالا لموضوعه اللغوى وقد فرع على كونها بيعا فروعا ذكر الاول بقوله (فتسليم الشفعة فى المبيع لا ينافى اخذها فى الاقالة) يعنى لو كان المبيع عقارا فسلم الشفيع الشفعة ثم تقايلا يقضى له بالشفعة لكونه بيعا جديدا فى حقه كانه اشتراه منه وذكر الثانى بقوله (ولا يرد البائع الثانى على الاول بعيب علمه بعدها) اى بعد الاقالة يعنى اذا باع المشترى المبيع من آخر ثم تقايلا ثم اطلع على عيب كان فى يد البائع فان اراد ان يرده على البائع ليس له ذلك لانه بيع فى حقه كانه اشتراه

(**قوله** قالوا هذا اذا ولدت بعد القبض) صيغة قالوا تذكر فيما فيه خلاف ولم اره والكمال قيد المسئلة بالقيد المذكور جازما به دون هذه الصيغة معللا بان الزيادة المنفصلة كالولد والارش والعقر اذا كانت بعد القبض يتعذر معها الفسخ حقا للشرع بخلاف ما قبل القبض فلا تمنع والزيادة المتصلة كالثمن لا تمنع سواء كانت قبل القبض او بعده (**قوله** الا اذا باع المتولى او الوصى باكثر من قيمته) يعنى او اشتريا باقل من القيمة ونص على شراء المتولى فى فتح القدير والوصى مثله فى الحكم نظرا للصغير والوقف (**قوله** الا اذا تعيب المبيع الخ) كذا فى فتح القدير وظاهره الاطلاق وقيده الزيلعى فقال ولهذا يشترط ان يكون النقصان بقدر حصة ما فات من العيب ولا يجوز ان ينقص اكثر منه كذا افاده الشيخ على المقدسى رحمه الله وقيد بالعيب لما قال الكمال ﴿ فرع ﴾ باع صابونا رطبا ثم تقايلا بعد ما جف فنقص وزنه لا يجب على المشترى شئ لان كل المبيع باق (**قوله** يعنى اذا تقايلا ولم يرد المشترى المبيع الخ) انما ذكر العناية لتقييده بيعه من المشترى وقوله ولو باعه من غير المشترى لم يجز يفيد انه لو كان غير منقول كالعقار جاز بيعه لغير المشترى ايضا وهذا عندهما خلافا لمحمد كما فى الجوهرة والفتح (**قوله** قال فى النهاية الخلاف فيما اذا ذكر الفسخ بلفظ الاقالة الخ) يوضحه قول الجوهرة انما جعلت الاقالة فسخا فى حق المتعاقدين عملا بلفظ الاقالة لان لفظها ينبئ من الفسخ والرفع وانما جعلت بيعا فى حق غيرهما عملا بمعنى الاقالة لا بلفظها لانها فى المعنى مبادلة المال بالمال بالتراضى وهذا حد البيع فاعتبرنا اللفظ فى حق المتعاقدين واعتبرنا المعنى فى حق غيرهما عملا بالشبهين وانما لم نعكس بان نعتبر اللفظ فى حق غيرهما والعمل بالمعنى فى حقهما لان اللفظ قائم بالمتعاقدين واللفظ لفظ الفسخ فاعتبرنا جانب اللفظ فى حق المتعاقدين لقيام اللفظ بهما واذا اعتبرنا لفظ الفسخ فى حقهما تعين العمل بالمعنى فى حق غيرهما لا محالة للعمل بالشبهين

من المشترى منه وذكر الثالث بقوله (وليس للواهب الرجوع اذا باع الموهوب له الموهوب من آخر فتقايلا) يعنى اذا كان المبيع موهوبا فباعه الموهوب له ثم تقايلا ليس للواهب ان يرجع فى هبته لان الموهوب له فى حق الواهب كالمشترى من المشترى منه وذكر الرابع بقوله (والمشترى اذا باع المبيع من آخر قبل النقد جاز للبائع شراؤه منه بالاقل) يعنى اذا اشترى شيأ فقبضه ولم ينقد الثمن حتى باعه من آخر ثم تقايلا وعاد الى المشترى فاشتراه منه قبل نقد ثمنه باقل من الثمن الاول جاز وكان فى حق البائع كالمملوك بشراء جديد من المشترى الثانى وذكر الخامس بقوله (واذا اشترى) بعروض التجارة عبد الخدمة بعد الحلول ووجد به عيبا فرده بغير قضاء (واسترد العروض فهلكت فى يده لم تسقط الزكاة) يعنى اذا اشترى بعروض التجارة عبد الخدمة بعد ما حال عليها الحول فوجد به عيبا فرده بغير قضاء واسترد العروض فهلكت فى يده فان الزكاة لا تسقط عنه لانه بيع جديد فى حق الثالث وهو الفقير لان الرد بغير قضاء اقالة (وهلاك المبيع يمنعها) اى الاقالة (لا هلاك الثمن) لانها رفع البيع والاصل فيه المبيع لا الثمن ولهذا اذا هلك المبيع قبل القبض يبطل البيع بخلاف هلاك الثمن (وهلاك بعضه) اى بعض المبيع يمنعها (بقدره) اعتبار البعض بالكل ولو تقايضا جازت الاقالة بعد هلاك احدهما ولا تبطل بهلاكه لان كل واحد منهما مبيع فكان البيع باقيا

باب المرابحة والتولية والوضيعة

(الاولى بيع ما ملكه) لم يقل بيع المشترى ليتناول ما اذا ضاع المغصوب عند الغاصب وضمن قيمته ثم وجده حيث جاز له ان يبيعه مرابحة وتولية على ما ضمن وان لم يكن فيه شراء (بمثل ما قام عليه) لم يقل بثمنه الاول لان ما اخذه من المشترى ليس ثمنه الاول بل مثله وقال بمثل ما قام عليه لما سيأتى ان له ان يضم اجر القصار ونحوه الى الثمن ويقول قام على بكذا (بزيادة) على ما قام عليه وان لم تكن من جنسه (والثانية بيعه به) اى بما قام عليه (بدونها) اى بدون الزيادة (والثالثة بيعه باقل منه) اى مما قام عليه (وشرطها) اى البيوع الثلاثة (شراؤه) اى شراء ما يبيعه مرابحة ونحوها (بمثلى) من الموزونات والمكيلات والعدديات المتقاربة (او مملوك من البائع الاول) واللام فى (للمشترى) متعلق بمملوك (والربح مثلى معلوم) جملة حالية يعنى ان هذه البيوع لا تصح اذا كان عوض المبيع الذى اشتراه البائع سابقا قيميا لان مبناها على الاحتراز عن الخيانة وشبهتها والاحتراز عن الخيانة فى القيميات ان امكن فقد لا يمكن الاحتراز عن شبهتها لان المشترى لا يشترى المبيع الا بقيمة ما دفع فيه من الثمن اذ لا يمكن دفع عينه حيث لا يملكه ولا دفع مثله اذ الغرض عدمه فتعينت القيمة وهى مجهولة تعرف بالظن والتخمين فيتمكن فيه شبهة الخيانة الا اذا كان المشترى مرابحة ممن ملك ذلك البدل من البائع الاول بسبب من الاسباب فاشتراه مرابحة بربح معلوم من دراهم

(قوله والمشترى اذا باع من آخر الخ) حيلة للشراء باقل مما باع قبل نقد ثمنه (قوله وذكر الخامس الخ) يزاد سادس هو لو كان المبيع صرفا فالتقابض من كلا الجانبين شرط صحة الاقالة فجعل فى حق الشرع كبيع جديد كذا فى الجوهرة والفتح (قوله وهلاك بعضه بقدره) قال فى الجوهرة لو كان المبيع عبدا فقطعت يده عند المشترى واخذ ارشها ثم تقايلا ردا الثمن كله واخذ العبد ولا شئ للبائع من ارش اليد ويطيب للمشترى اه (قوله ولو تقايضا) بالياء المثناة من تحت اى تبايعا بيع المقايضة فهلك احد العوضين جازت الاقالة وعلى مشترى الهالك قيمته او مثله ان كان مثليا ويسلمه الى صاحبه ويسترد العين منه وكذا لو تقايلا والمعقود عليهما قائمان ثم هلك احدهما صحت ولو هلك الآخر قبل الرد بطلت الاقالة وتصح الاقالة بعد هلاك عرض جعل رأس مال السلم وقبضه المسلم اليه ويضمن قيمة الهالك او مثله كما فى حقيقة المقايضة وهلاك البدلين فى الصرف غير مانع من الاقالة لعدم لزوم رد عين المقبوض بعد الاقالة بل رده او مثله فلا تتعلق الاقالة بعينهما بخلاف غيره من البياعات فانه يتعلق بعين المبيع من الفتح والجوهرة

باب المرابحة والتولية والوضيعة

(قوله الاولى بيع ما ملكه الخ) يرد عليه المثلى اذا غيبه الغاصب وقضى عليه بمثل ملكه ولا يجوز له بيعه بازيد منه لكونه ربى ولا يرد على من قال بيع بمثل الثمن الاول (قوله وشرطها شراؤه) يرد عليه المغصوب القيمى اذ ليس فيه شراء فكان المناسب ان يعبر به ان يقول وشرطها ملكه والاول منه ما قرمنه

(قوله واما اذا اشتراه بربح ده يازده فانه لا يجوز لانه اشتراه برأس المال وببعض قيمته) قال الكمال فان معنى ده يازده كل عشرة احدعشر وهذا فرع معرفة العشرات وهو بتقويم العبد وهذا بناء على ان لفظ ده يازده معناه العشر احدعشر اى كل عشرة ربحها واحد يقتضى ان يكون الحادى عشر من جنس العشرة ولا شك انه غير لازم من مفهوم ذلك ولكن لزم ذلك رفعا للجهالة ولا تثبت وحينئذ فالمرابحة على العبد بده يازده يقتضى انه باعه بالعبد وبعضه او بمثل بعضه وهو كل عشرة اجزاء من العبد ربحها جزء آخر منه وحين عرف ان المراد كل عشرة دراهم احدعشر لزم حينئذ ماذكر وهو انه باعه بالعبد وببعض قيمته اه (قوله والسمسار المشروط اجره فى العقد) هذا خلاف ظاهر الرواية لما قال الكمال ويضم اجرة السمسار ﴿ ١٨١ ﴾ فى ظاهر الرواية وفى جامع البرامكة لا يضم لان الاجارة على الشرا لا تصح الا ببيان المدة ووجه ظاهر الرواية العرف وقيل ان كانت مشروطة فى العقد تضم اه (قوله وطعام المبيع) قال الكمال الا ما كان سرفا اى فيسقط الزائد على المعروف ويحسب ما عداه اه ويضم علف الدواب الا ان يعود عليه شئ متولد منها كألبانها وبيضها واصوافها وسمنها فيسقط قدر ما نال ويضم ما زاد بخلاف اجر الدابة والعبد والدار فانه يرابح مع ضم ما انفق عليه لان الغلة ليست متولدة من العين اه (قوله بخلاف اجرة الدلال فانها لا يضم اتفاقا) مبنا على العادة لما قال الكمال وقيل اجرة الدلال لا تضم كل هذا ما لم تجر عادة التجار اه (قوله وان فعل المشترى بيده الخ) كذا لا يضم منها شيأ تطوع به متطوع كما فى الفتح (قوله واجر المعلم الخ) قال الكمال لا يخفى ما فيه اذ لا شك فى حصول الزيادة بالتعليم ولا شك انه مسبب عن التعليم عادة وكونه بمساعدة القابلية فى المتعلم هو كقابلية الثوب للصبغ فلا يمنع نسبته الى التعليم كما لا يمنع نسبته الى الصبغ وانما هو شرط والتعليم علة عادية فكيف لا يضم وفى المبسوط اضاف ضم نفى المنفق فى التعليم الى انه ليس فيه عرف قال وكذا تعليم الغناء والعربية قال حتى لو كان فى ذلك عرف ظاهر يلحق برأس المال اه (قوله اى ظهر خيانته بالبينة او اقراره او بنكوله) هو المختار وقيل لا يثبت الا باقراره لانه مناقض بدعواه فلا يتصور بينة ولا نكول والحق سماعها كدعوى العيب ودعوى الحط كما فى الفتح (قوله ولو هلك المبيع الخ) لزوم بجميع الثمن فى الروايات الظاهرة وروى عن محمد فى رواية غير الاصول انه يفسخ البيع على القيمة ان كانت اقل من الثمن كما فى الفتح

اوشئ من المكيل او الموزون الموصوف لاقتداره على الوفاء بما التزم واما اذا اشتراه بربح ده يازده فانه لا يجوز لانه اشتراه برأس المال وببعض قيمته لانه ليس من ذوات الامثال فصار البائع بائعا للمبيع بذلك الثمن القيمى كالثوب مثلا وبجزء من احد عشر جزأ من الثوب والجزء الحادى عشر لا يعرف الا بالقيمة وهى مجهولة فلا يجوز (وله) اى للبائع (ضم اجر القصار والصبغ) بالفتح مصدر وبالكسر ما يصبغ به (والطراز) علم الثوب (والفتل والحمل وطعام المبيع وكسوته وسوق الغنم والسمسار المشروط اجره فى العقد) فان اجرة السمسار ان كانت مشروطة فى العقد تضم والا فاكثر المشايخ على انها لا تضم بخلاف اجرة الدلال فانها لا تضم اتفاقا (الى ثمنه) متعلق بقوله ضم وانما ضمت اليها لانها تزيد فى عين المبيع كالصبغ واخوانه او فى قيمته كالحمل والسوق لان القيمة تختلف باختلاف المكان فيلحق اجرتها برأس المال وان فعل المشترى بيده شيأ مما ذكر من الفتل ونحوه لا يضمه وبالجملة كل ما يزيد فى المبيع او قيمته يضم وما لا فلا ذكره الزيلعى (لا) اى ليس له (ضم اجر الطبيب) لانه لا يزيد شيأ فى العين ولا فى القيمة (و) اجر (المعلم) لان اجره لم يزد مالية المبيع فان التعلم حصل فيه لذهنه وشغله غايته ان يكون تعليمه شرطا وهو لا يكفى فى الضم (والدلال والراعى ونفقة نفسه) فانه لا تزيد فى المبيع شيأ بخلاف اجر السمسار المشروط ونفقة المبيع كما مر (وجعل الآبق وكراء بيت الحفظ) فانهما ايضا لا يزيدان شيأ بخلاف كراء المبيع فانه يضم لافادته زيادة فى القيمة (ويقول) البائع حين البيع وضم ما يجوز ضمه (قام على بكذا لا اشتريته بكذا) تحرزا عن الكذب (خان) اى البائع (فى المرابحة) اى ظهر خيانته بالبينة او باقراره او بنكوله خير المشترى ان شاء (اخذه) اى المبيع (بثمنه او رده وفى التولية حط) اذ لو لم يحط فى التولية لم تبق تولية لانه يزيد على الثمن الاول فيصير مرابحة فيتغير به التصرف ولو لم يحط فى المرابحة تبقى مرابحة على حالها وان كان الربح اكثر مما ظنه المشترى فلا يتغير التصرف ويثبت له الخيار لفوات الرضا (ولو هلك المبيع) او استهلكه فى المرابحة (قبل الرد او حدث به مانع منه) اى من الرد (لزمه

بكل الثمن) المسمى (وسقط خياره) لانه مجرد اختيار لايقابله شئ من الثمن كخيار
الرؤية والشرط بخلاف خيار العيب لان المستحق منه للمشترى الجزء الفائت وعند
العجز من تسليمه يسقط مايقابله من الثمن (شرى ثانيا بعد بيعه بربح فان رابح) اى اراد
المشترى ان يبيع مرابحة (طرح عنه ماربح) اى كل ربح كان قبل ذلك (وان استغرق
الربح الثمن لم يرابح) صورته اشترى ثوبا بعشرين ثم باعه مرابحة بثلاثين ثم اشتراه بعشرين
فانه يبيعه مرابحة على عشرة ويقول قام على بعشرة ولو اشتراه بعشرين وباعه باربعين
مرابحة ثم اشتراه بعشرين لايبيعه مرابحة اصلا لان شبهة حصول الربح الاول
بالعقد الثانى ثابتة لانه تاكد بعد كونه على شرف الزوال بالوقوف على عيب والشبهة
فى بيع المرابحة كالحقيقة احتياطا بخلاف ما اذا تخلل ثالث بان اشترى من مشترى مشتريه
لان التأكد حصل بغيره (رابح) اى جاز ان يبيع مرابحة (سيد شرى من ماذونه
المحيط دينه برقبته) قيد به اذ لو لم يكن على العبد دين فباع من مولاه شيئا لم يصح لانه
يفيد المولى شيئا لم يكن له قبل البيع لاملك الرقبة ولاملك التصرف (على ماشرى
المأذون) متعلق بقوله رابح صورته اشترى عبد ماذون له فى التجارة ثوبا بعشرة وعليه
دين محيط فباعه من المولى بخمسة عشر فانه يبيعه مرابحة على عشرة (كعكسه) وهو
ان يشترى المولى ثوبا بعشرة فباعه من عبده المأذون له المديون بخمسة عشر فانه ايضا
يبيعه مرابحة على عشرة لان فى هذا العقد وان كان صحيحا فى نفسه شبهة العدم لان العبد
ملكه ومافى يده لايخلو من حقه فاعتبر عدما فى حق المرابحة لابتنائها على الامانة فبقى
الاعتبار للشراء الاول فصار كان العبد اشتراه للمولى بعشرة فى الفصل الاول وبيعه
للمولى فى الفصل الثانى فيعتبر الثمن الاول (و) رابح (رب المال على ماشراه مضاربه
بالنصف) متعلق بمضاربه (اولا) متعلق بشراه (و) على (نصف ماربح بشرائه ثانيا منه)
اى من مضاربه متعلق بقوله بشرائه يعنى اذا كان مع المضارب عشرة دراهم بالنصف
فاشترى ثوبا بعشرة وباعه من رب المال بخمسة عشر فانه يبيعه مرابحة باثنى عشر
ونصف لان هذا البيع وان قضى بجوازه عندنا اذا عدم الربح كما هو كذلك ههنا لان
الربح انما يحصل اذا بيع من الاجنبى ففيه شبهة العدم لان المضارب وكيل عن رب المال
فى البيع الاول من وجه فاعتبر البيع الثانى عدما فى حق نصف الربح (رابح بلابيان
بالتعيب ووطء الثيب) يعنى اشترى جارية فاعورت اووطئها وهى ثيب (ولم ينقصها
الوطء) بيعها مرابحة ولايجب عليه البيان اذ لم يحتبس عنده شئ يقابله الثمن الاول
لان الاوصاف لايقابلها الثمن الا اذا كان مقصودا بالاتلاف كما مر مرارا ولهذا قال ولم
ينقصها الوطء قال الزيلعى المراد به ولم يبعه مرابحة بلابيان انه اشتراه سليما بكذا من الثمن
ثم اصابه العيب عنده بعد ذلك واما نفس العيب فلابد من بيانه بان يبين العيب والثمن
من غير ان يبين انه اشتراه سليما ثم حدث به العيب عنده (كقرض الفأر وحرق
النار للمشترى) فان ماضاع بالقرض اوالحرق وان كان جزأ يقابله شئ من الثمن
كالعذرة لم يحتبس عنده (و) رابح (ببيان بالتعيب) بان فقأ عينها بنفسه

(قوله وان استغرق الربح الثمن لم يرابح)
يعنى بلابيان عند ابى حنيفة وهو مذهب
احمد فان بين ورضى به المشترى جاز لان
المانع عند عدم البيان لمعنى راجع الى العباد
لا الشرع وقال ابو يوسف ومحمد يبيعه
مرابحة على الثمن الاخير كما فى الفتح
(قوله شرى من مأذونه الخ) كذا من
مكاتبه بالاتفاق كما فى الفتح (قوله يعنى
اشترى جارية فاعورت) اى من غير صنع
احد بل بآفة سماوية او بصنعها بنفسها لانه
هدر وعن ابى يوسف وهو قول زفر انه
لايبيع مرابحة من غير بيان كما اذا
احتبس بفعله قال الفقيه ابو الليث وقول
زفر اجود وبه ناخذ قال الكمال واختيار
هذا احسن لان مبنى المرابحة على عدم
الخيانة وعدم ذكر انها انتقصت ايهام
للمشترى ان الثمن المذكور كان لها ناقصة
(قوله ورابح ببيان بالتعيب) كذا لو
اشترى ممن لاتجوز شهادته له من
الوالدين والمولودين والزوجة لم يجز
ان يبيعه مرابحة عند ابى حنيفة حتى
يبين له لانه تلحقه تهمة فى ذلك لانه قد
جعل مال كل واحد منهما كمال صاحبه
ولانه يحابيهم فصار كالشراء من عبده
وقال ابو يوسف ومحمد له ذلك من غير
بيان واجمعوا انه لو اشترى من مكاتبه
او مدبره او ماذونه سواء عليه دين اولا
او مماليكه اشتروا منه فانه لايبيعه
مرابحة حتى يبين كذا فى الجوهرة

(**قوله** وههنا مسائل مهمة) ذكرها المناسبتها الباب الوصي وقد ترك المصنف رحمه الله تعالى كتاب الفرائض والخنثى ولعل ذلك لكونه مما افرد بالتأليف او خشية الاطالة لاحقته بكلامه (**قوله** فبلغهم ان اباهم اوصى بوصايا ولا يعلمون) اقول يعني لا يعلمون مقدارها ولا وصفها (**قوله** فقالوا قد اجزنا ما اوصى به) يعني على العموم الذي لم يبين مقداره ولا ذاته (**قوله** ذكر في المنتقى انه لا يجوز) اقول يعني لا يلزمهم بالاجازة ما زاد على الثلث (**قوله** انما يجوز اذا اجازوا بعد العلم) اقول المراد في اللزوم كما علمت فيما يزيد على الثلث لان الوصية لازمة في الثلث بدون الاجازة منهم ويتوقف فيما زاد عليه على اجازة من هو من اهل الاجازة منهم وليس قولهم اجزنا ما اوصى به رضا بالزائد قطعا لعدم العلم ﴿ ٤٥١ ﴾ به يقينا فلهم ابطال الزائد حتى لو اوصى بعشر بقرة لزيد فقبل بعد موته الوصية ليس للورثة امساكها ولا تتوقف على اجازتهم لان الموصى له ملكها بالقبول فلزمت من الثلث ولو اوصى بالبقرة للفقراء فللورثة امساكها والتصدق بقيمتها لان المقصود القربة غير معين بالشخص بل بالجنس ودفع القيمة صدقة وقربة كدفع العين فاجازتهم الوصية بها للفقراء لا يلزمهم دفع عينها لعدم تعين المستحق عينا فجاز دفع قيمتها للفقراء واشار بكون الاجازة بعد الموت الى ان اجازتهم ما يزيد على الثلث في حال حياة مورثهم لا تعتبر فلهم الرجوع عنها بعد موته كما في الخانية ولا بد من هذا الحل لهذا المحل (**قوله** ثم ادعى شيأ في يد الوصي الخ) اقول وصحة دعواه به لعدم ما يمنع منها لان الشهادة انه قبض جميع تركة والده الخ ليس فيه ابراء المعلوم من معلوم ولا عن مجهول فهو اقرار مجرد لم يستلزم ابراء فليس مانعا من دعواه وقد حصل بهذا اشتباه لصاحب الاشباه فظن ان هذا من قبيل البراءة العامة وجعلها غير مانعة للورثة من الدعوى على بعضهم بعد صدورها عامة فيما بينهم بهذه المسئلة فظن انها تستثنى من منع البراءة العامة وساق مسائل اخر ظنها مستثناة من البراءة العامة وقد حررت الحكم فيها وبينت انها ليست كما ظنه وانه لا يستثنى من البراءة العامة شئ فهي مانعة من الدعوى بما تقدم عليها مطلقا واوضحته برسالة سميتها تنقيح الاحكام في حكم الاقرار والابراء العام (**قوله** وكذا لو اقر الوارث انه قد استوفى الخ) كذلك الحكم فلا يمنع هذا الاقرار دعوى الوارث بدين لمورثه على خصم له لانه اقرار غير صحيح لعدم ابرائه شخصا معينا او قبيلة معينة وهم يحصون وهذا بخلاف الاباحة لكل من يأكل شيأ من ثمرة بستانه فانه يجوز وبه يفتى وبخلاف الابراء من مجهول لمعلوم فانه صحيح كقول زيد لعمرو حاللني من كل حق لك علي ففعل برئ مما علم ومما لم يعلم وعليه الفتوى

لآخرين بمبلغ دين على الميت والآخرين للاولين بمثله بخلاف الشهادة بوصية الف) هذا قولهما وقال ابو يوسف لا تقبل في الدين ايضا لان الدين بالموت يتعلق بالتركة اذ الذمة خربت بالموت ولهذا لو استوفى احدهما حقه من التركة يشاركه الآخر فيه فكانت الشهادة مثبتة حق الشركة فتحققت التهمة ولهما ان الدين يجب في الذمة وهي قابلة لحقوق شتى فلا شركة ولهذا لو تبرع اجنبي بقضاء دين احدهما ليس للآخر حق المشاركة بخلاف الوصية لان الحق فيها لا يثبت في الذمة بل في العين فصار المال مشتركا بينهم فاورث شبهة (او) شهادة (الاولين بعبد والآخرين بثلث ماله) حيث لم تصح ايضا لان الشهادة توجب شركة في المشهود به (اضعف الوصيين) مبتدأ خبره قوله الآتي كاقوى الوصيين (وهو وصي الام والاخ والعم في اقوى الحالين وهو حال صغر الورثة كاقوى الوصيين وهو وصي الاب والجد والقاضي في اضعف الحالين وهو حال كبر الورثة) لان الوصي انما يستفيد التصرف من الموصي فيكون تصرفه على مقدار تصرف موصيه فوصي الام حال صغر الورثة كوصي الاب حال كبرهم (للاضعف) كوصي الام مثلا (بيع المنقول وغيره اقتضاء الدين عند فقد الاقوى) للضرورة (ولا يشترى) اي الاضعف (الا ما لا بد للصغير منه من نفقة او كسوة ولا يتصرف مطلقا فيما استفاد الصغير من غير ابيه) لما مر من ان تصرفه على مقدار تصرف موصيه (وصي الاب اولى من الجد) لان وصيه قائم مقامه وهو اولى من الجد فكذا مختاره ولان اختياره مع وجود الجد يدل على ان تصرفه انفع لابنه من تصرف ابيه وهو الجد (وان لم يوص) اي لم ينصب وصيا (فالجد مثله) اي مثل الاب وقائم مقامه في التصرفات حتى ملك الانكاح دون الوصي وههنا مسائل مهمة نقلناها من الخانية منها رجل مات وترك ورثة فبلغهم ان اباهم اوصى بوصايا ولا يعلمون ما اوصى به فقالوا قد اجزنا ما اوصى به ذكر في المنتقى انه لا يجوز انما يجوز اذا اجازوا بعد العلم وفي المنتقى اذا دفع الوصي الى اليتيم ماله بعد البلوغ فاشهد اليتيم على نفسه انه قد قبض جميع تركة والده فلم يبق له من تركة والده عنده من قليل او كثير الا وقد استوفاه ثم ادعى شيأ في يد الوصي وقال هو من تركة ابي واقام البينة قبلت بينته وكذا لو اقر الوارث انه قد استوفى جميع ما ترك والده من الدين على الناس ثم ادعى دينا على رجل

(**قوله** ومنها وصى انفذ الوصية الخ) يعنى وقد ثبت بالبينة وقضى به وهذا ظاهر فيما اذا لم يكن فى الورثة كبير حاضر او كان والموصى به من نحو الدراهم وهو موجود فى التركة والا فالتصرف عليه يستلزم بيع الوصى نصيبه من العروض جبرا لاخذ الوصية وللوارث اخذه من التركة ودفع قدر ما اوصى به من ماله وكذا لو كان الوصى وارثا معه وارث آخر ويستلزم الاطلاق ايضا او التركة عروض ان يكون الوصى مشتريا لنفسه مال الكبير منها ولا يجوز بدون رضاه وفى شرائه حصة الصغير لا يصح الا ان يكون خيرا لليتيم بان يشترى الشئ بزيادة على ما يساويه بشطر قيمته كالذى يساوى عشرة فيشتريه بخمسة عشر والتقييد بالوصى احتراز عن القاضى فانه لا يجوز شراؤه مطلقا لانه حكم لنفسه ولا يجوز وفيه خلاف ذكر فى العمادية واحترز بالوصى لان الجد اذا باع التركة لقضاء الدين او تنفيذ الوصية ذكر الخصاف انه لا يجوز واذا باع القاضى من التركة بقدر التنفيذ هل يملك بيع ما زاد عليه عند الامام يجوز وعندهما لا يملك (**قوله** وكذا الوصى اذا اشترى كسوة الخ) لم يشترط فيه الاشهاد ويخالفه ما فى العمادية انفق الوصى على اليتيم من مال نفسه ومال اليتيم غائب فهو متطوع الا ان يشهد انه قرض عليه او انه يرجع فى ماله ثم قال ولو ضمن الاب مهر امرأة ابنه الصغير وادى لا يرجع فى مال الصغير الا ان يشترط الرجوع ولو كان مكان الاب وصى او غيره من الاولياء يرجع فى مال الصغير وان لم يشترط فى اصله الضمان اه وهذا موافق لكلام المصنف ويخالفه المتقدم عن الفصول ويخالفه ايضا ما فى الفصول الوصى اذا اشترى الطعام او الكسوة لليتيم بشهادة الشهود يرجع به فى ماله اه فقد اضطرب كلام ائمتنا فى الرجوع مطلقا او بالاشهاد عليه فليحرر (**قوله** ولو قضى دين الميت من مال نفسه بغير امر الوارث) يعنى الوارث الكبير وعلى هذا لو كان صغيرا او قضاه بدون امر القاضى واشهد على ذلك لا يكون متطوعا واقول اشتراطه الاشهاد مخالف لاطلاقه المتقدم بقوله فكان كقضاء الدين لانه حكم برجوعه من غير قيد (**قوله** وكذلك بعض الورثة اذا قضى دين الميت) اقول ليس على اطلاقه ولا على ظاهره لان البعض لا ولاية له على باقى الورثة والدين لم يبين كونه ثابتا بالاقرار او الحجة وهو مفترق لما قال فى العمادية فان ثبت الدين بالبينة وقضى به فادى احد الورثة من مال نفسه له ان يأخذ من التركة ولو دفع من التركة من غير قضاء القاضى كان للغائب ان لا يجيز ويسترد بقدر حصته ولو دفع (او ادى) من مال نفسه لا يرجع على الغائب لانه لم يثبت الدين بحجة شرعية وكذا الوصى لا يؤدى وديعة لمدعيها ولا دينا على الميت الا ان يثبت عند الحاكم واما مهر المرأة فقال القاسم ان ادعت مقدار مهر مثلها فذلك واجب وكفى بالنكاح شاهدا قال الفقيه ان كان الزوج بنى بها يمنع منها ما جرت العادة بتعجيله والقول فى ذلك القدر للورثة وفيما زاد على ذلك فالقول قول المرأة كذا فى العمادية (**قوله** او كفن الميت من مال نفسه) اقول كذا اطلقه وكذا فيما يأتى وجعل الوارث والوصى سواء فى الرجوع بما انفقه فى الكفن ولا بد من كون ذلك من غير اسراف بحسب ما ذكره الائمة من كفن السنة ومراعاة حال الرجل بما يلبسه فى الاعياد ومجامع الناس وتلبسه المرأة للزيارة (**قوله** او اشترى الوارث الكبير طعاما او كسوة للصغير من مال نفسه لا يكون متطوعا) اقول كذا فى العمادية قال الولى او الوصى اذا اشترى كسوة الصغير او اشترى ما انفق عليهم لا يكون متطوعا وان كان للميت وصى اجنبى فللوارث ان يقضى دينه ويكفنه بغير امر الوصى ويرجع فى الميراث اه لكن يخالفه ما فى الفصول ايضا قال ورثة صغار وكبار وفى التركة دين وعقار نوى بعض المال وانفق الكبار البعض على انفسهم وعلى الصغار لما توى فهو على كلهم وما انفقه الكبار ضمنوا حصة الصغار ان كانوا انفقوا بغير امر القاضى او الوصى وما انفقوا عليهم بامر القاضى او الوصى حسب لهم الى نفقة مثلهم وفى نوادر ابن سماعة عن محمد فيمن مات وترك ابنين صغيرا وكبيرا والف درهم فانفق الكبير على الصغير خمسمائة درهم من الالف نفقة مثله وهو ليس بوصى قال هو متطوع فى ذلك ولو كان الميت ترك طعاما او ثوبا فاطعم الكبير الصغير والبسه الثوب استحسنت ان لا يكون على الكبير ضمان فى ذلك اه وفى شرح التمرتاشى لا يحل للورثة ان ينتفعوا بشئ من متاع البيت من ثياب او حطب او دهن او مأكول او غيره اذا كان فيهم صغير واقول هذا فى غير نصيبه من المثلى فانه يجوز للكبير اخذ قدر نصيبه منه لغلبة الافراز فيه على المبادلة بدون قسمة

تسمع دعواه ومنها وصى انفذ الوصية من مال نفسه قالوا ان كان هذا الوصى وارث الميت يرجع فى تركة الميت والا فلا وقيل ان كانت الوصية للعباد يرجع لان لها مطالبا من جهة العباد فكان كقضاء الدين وان كانت الوصية لله تعالى لا يرجع وقيل له ان يرجع على كل حال وعليه الفتوى وهو كالوكيل بالشراء اذا ادى الثمن من مال نفسه كان له ان يرجع وكذا الوصى اذا اشترى كسوة للصغير او اشترى ما ينفق عليهم من مال نفسه فانه لا يكون متطوعا ولو قضى دين الميت من مال نفسه بغير امر الوارث واشهد على ذلك لا يكون متطوعا وكذلك بعض الورثة اذا قضى دين الميت او كفن الميت من مال نفسه او اشترى الوارث الكبير طعاما او كسوة للصغير من مال نفسه لا يكون متطوعا وكان له الرجوع فى مال الميت وكذا الوصى

لوادى خراج اليتيم او عشره من مال نفسه لا يكون متطوعا ولو كفن الوصي الميت من ماله نفسه قبل قوله في ذلك ومنها وصي باع شيأ من مال اليتيم ثم طلب منه باكثر مما باع فان القاضي يرجع الى اهل البصر ان اخبره اثنان من اهل البصر والامانة انه باع بقيمته وان قيمته ذلك فان القاضي لا يلتفت الى من يزيد وان كان في المزايدة يشترى باكثر وفي السوق باقل لا ينقض بيع الوصي لاجل تلك الزيادة بل يرجع الى اهل البصر والامانة فان اجتمع رجلان منهم على شيء يؤخذ بقولهما وهذا قول محمد واما على قولهما فقول الواحد يكفي كما في التزكية وعلى هذا قيم الوقف اذا آجر مستغل الوقف ثم جاء آخر يزيد في الاجر ومنها وصي باع تركة الميت لانفاذ وصيته فجحد المشتري فحلف الوصي والوصي يعلم انه كاذب في يمينه قال القاضي يقول للوصي ان كنت صادقا فقد فسخت البيع بينهما فيجوز ذلك وان كان تعليقا بالخطر وانما يحتاج الى فسخ الحاكم لان الوصي لو عزم على ترك الخصومة كان فسخا بمنزلة الاقالة فيلزم الوصي كما لو تقايلا حقيقة فاذا فسخ القاضي لم يكن اقالة فلا يلزم الوصي هذا آخر ما من الله تعالى علي بلطفه من شرح غرر الاحكام المسمى بدرر الحكام حيث وفقني لجمعه وتحريره على احسن الصور تصوره حاويا لمهمات خلت عنها الكتب المشهورة وان كانت في بعض المعتبرات مسطورة ولقد بذلت مجهودي في التنقير والتنقيح والتهذيب والتوضيح وتتبع اقوال الائمة الكرام واستطلاع آراء فضلاء الائمة العظام حتى عثرت على ما صدر عن بعض الافاضل من العثرات على مقتضى البشرية ووقفت على ما وقع من بعض الاماثل من زلات ليس نفس الانسان عنها بمبرأ ولا عتب فان سائر العلوم بالنسبة الى هذا العلم كنسبة القطرة الى البحر المتلاطم الامواج لا يغوص على فرائده كل غواص قوي فضلا عن الزجاج ولذا ترى العلماء المتأخرين مع كمالهم في الفنون الآلية وتصنيفهم فيها كتبا معتبرة لم يحوموا حول هذا العلم ولم يصنفوا فيه ولو رسالة مختصرة وهذا العبد الفقير الى الله الغني مع مطارحته معهم في تصانيفهم فيما انتسبوا اليه ومعارضته اياهم في مؤلفاتهم فيما اعتمدوا عليه بحيث قبلها علماء العصر وفضلاء الدهر امتازعنهم بكتب هذا المتن اللطيف المشحون بالفوائد والشرح الشريف المملوء بالفرائد الحمد لله الذي هدانا لهذا وما كنا لنهتدي لولا أن هدانا الله واعاننا عليه وما كنا نقدر عليه لولا ان اعاننا الله وليس الغرض الاصلي من هذه الكلمات التمدح بل الامتثال لما يفهم من قوله تعالى واما بنعمة ربك فحدث وقد وقع الفراغ من تأليفه يوم السبت الثاني من جمادى الاولى سنة ثلاث وثمانين وثمانمائة وقد كان البداءة في يوم السبت الثاني عشر من ذي القعدة سنة سبع وسبعين وثمانمائة على يد أضعف عباد الله تعالى واحوجهم الى رحمته مؤلف الكتاب محمد بن فرامرز بن علي عاملهم الله تعالى بلطفه الخفي والجلي آمين

(قوله ومنها وصي باع تركة الميت لانفاذ وصيته فجحد المشتري) اي جحد الشراء كما ذكره قاضيخان (قوله فسخت البيع بينهما) عبارة القاضي بينكما (قوله فيلزم الوصي كما لو تقايلا حقيقة) اقول على هذا تكون الاقالة فسخا بالنظر اليهما بيعا جديدا في حق ثالث هو اليتيم فيلزم الوصي الثمن والمبيع له فيبدا الوصي لا يملك الاقالة وفي العمادية خلافه قال في صلح المبسوط واما اقالته فتجوز لانها كالشراء وفي فتاوى الفضلي الوصي او المتولي اذا باع شيأ باكثر من قيمته ثم اقال البيع لا يصح وفي فوائد صاحب المحيط الوصي اذا اشترى شيأ للصغير ثم اقال ان كان في الاقالة نظر لليتيم جاز والا فلا اه قلت فالذي يحمل عليه كلام الدرر على ما اذا لم يكن في الاقالة نفع لليتيم واذا انتفى النفع يصير المبيع له ويضمن الثمن لليتيم فيكون بمنزلة شرائه مال اليتيم لنفسه بما فيه من الخير لليتيم وتفسير الخير ان يشتري ما يساوي عشرة بخمسة عشر فاكثر ويبيع منه مال نفسه ما يساوي خمسة عشر بعشرة فهو خير وما فوقها الا وهذا يحفظ وبه يفتى والله اعلم (قوله هذا آخر ما من الله تعالى علي بلطفه من شرح غرر الاحكام) كذلك اقول والحمد لله الذي وفقني لجمع تحريره وتتبع مسائله وتصويره فحلى به ما ابرزه من مبتكراته وتحلى به ما نقله من مقتنصاته جزى الله تعالى استاذي عني خير الجزاء لارشادي لهذا الخير العظيم وتسطير هذه الفوائد بحلول نظرهما الكريم واني لمقر بمزيد العجز عن الالوصول لادنى درجات صاحب هذا التصنيف ومبتكر هذا التحرير والترصيف ولكن جرت عادة الله الكريم الجواد بخدمة الاحفاد الاجداد ولوالد هو والد التربية فرتبته فائقة رتبة والد التبنية جمعنا الله واصولنا وفروعنا وحواشينا ومحبينا بدار السلام ومتعنا بالمشاهدة لذاته فهي اتم الختام واشرف الصلاة وازكى السلام على سيدنا محمد وعلى جميع الانبياء والملائكة الكرام والصحابة والتابعين لهم بخير الى يوم القيام ﴿وقد انتهى﴾ تأليف هذه الحاشية المسماة بغنية ذوي الاحكام في بغية درر الاحكام في اواخر سنة ١٠٣٥ خمس وثلاثين والف من الهجرة النبوية على صاحبها افضل الصلاة وازكى السلام بيد مؤلفها الفقير الى لطف الله الجلي والخفي حسن بن عمار بن علي الوفائي الشرنبلالي الحنفي غفر الله له ولوالديه والمسلمين اجمعين

(فهرست الجزء الثانى من كتاب درر الحكام فى شرح غرر الاحكام)

تمت